

المَغْنَى

لَمَوْفَّقِ الدِّينِ أُمِّي مُحَمَّدٍ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ قُدَّامَةَ
الْمَقْدِسِيِّ الْجَمَاعِيِّ الدَّمَشْقِيِّ الصَّالِحِيِّ الْحَنْبَلِيِّ
٥٤١-٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور

عبد الفتاح محمد راحلو

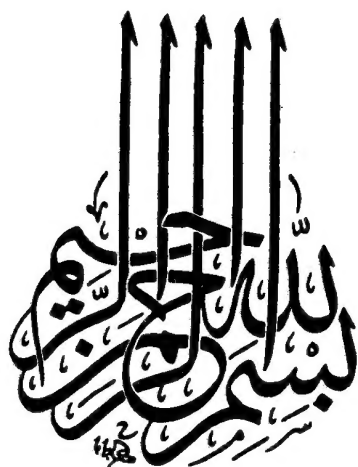
الدكتور

عبد بن عبد المحسن التركي

الجزء الثامن

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض



المغنى

حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م
الطبعة الثانية
١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م
الطبعة الثالثة
١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م
مصححة ، منقحة



العليا - غرب مؤسسة التحلية - ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢
ص . ب . ٦٤٦٠ - الرياض ١١٤٤٢ - تليفاكس : ٤٦٣١٣٣٦
الملكة العربية السعودية

دَارُ عَالَمِ الْكُتُبِ
للطباعة والنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

/ كتاب الإجازات

٧٨/٥ و

الأصل في جَوَازِ الإِجَارَةِ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ ، وَالْإِجْمَاعُ . أَمَّا الْكِتَابُ . فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ ^(١) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ﴾ . قَالَ إِبْنِي أُرَيْدُ أَنْ أَتُكَيِّدَ إِيَّاهُ . وَهَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجَ . فَإِنْ أَتَمَمْتُ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾ ^(٢) . وَرَوَى ابْنُ مَاجَةَ فِي « سُنَنِهِ » ^(٣) عَنْ عُثْبَةَ بْنِ النَّدْرِ ، قَالَ : كُنَّا عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَرَأَ : ﴿ طَسَ ﴾ حَتَّى إِذَا بَلَغَ قِصَّةَ مُوسَى ، قَالَ : « إِنَّ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ أَجَرَ نَفْسَهُ ثَمَانِي حَجَّجَ ، أَوْ عَشْرًا ، عَلَى عِفَّةٍ فَرَجِهِ ، وَطَعَامِ بَطْنِهِ » . وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾ ^(٤) . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى جَوَازِ اخْتِذِ الْأَجْرِ عَلَى إِقَامَتِهِ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَثَبَّتَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، وَأَبَا بَكْرًا ، اسْتَأْجَرَا رَجُلًا مِنْ بَنِي الدَّيْلِ هَادِيَا خَرِيئًا ^(٥) . وَرَوَى الْبُخَارِيُّ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ : ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصَمْتُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ؛ رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، وَرَجُلٌ

(١) سورة الطلاق ٦ .

(٢) سورة القصص ٢٦ ، ٢٧ .

(٣) في : باب إجارة الأجير على طعام بطنه ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٧/٢ .

(٤) سورة الكهف ٧٧ .

(٥) الخريت : هو الماهر بالهداية .

والحديث أخرجه البخاري ، في : باب استئجار المشركين عند الضرورة ... ، وباب إذا استأجر أجيرًا يعمل له بعد ثلاثة أيام ... ، من كتاب الإجارة ، وفي : باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة ، من كتاب مناقب الأنصار . صحيح البخاري ١١٦/٣ ، ٧٦/٥ .

اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوفِهِ أَجْرَهُ ^(٦) . والأخبار في هذا كثيرة . وأجمع أهل العلم في كل عصر وكل مضر على جواز الإجارة ، إلا ما يحكى عن عبد الرحمن ابن الأصم ^(٧) أنه قال : لا يجوز ذلك ؛ لأنه غرر . يعنى أنه يعقد على منافع لم تخلق . وهذا غلط ، لا يمنع انعقاد الإجماع الذى سبق فى الأغصار ، وسار فى الأمصار ، والعبرة أيضا دالة/ عليها ؛ فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان ، فلما جاز العقد على الأعيان ، وجب أن تجوز الإجارة على المنافع ، ولا يحفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك ، فإنه ليس لكل أحد دار يملكها ، ولا يقدر كل مسافر على بيع أو ذابة يملكها ، ولا يلزم أصحاب ^(٨) الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعا ، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ، ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ، ولا يجد متطوعا به ، فلا بد من الإجارة لذلك ، بل ذلك مما جعله الله تعالى طريقا للرزق ، حتى إن أكثر المكاسب بالصنائع . وما ذكره من الغرر ، لا يلتفت إليه ، مع ما ذكرنا من الحاجة ، فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها ، لأنها تثلف بمضى الساعات ، فلا بد من العقد عليها قبل وجودها ، كالسلم فى الأعيان .

٧٨/٥ ظ

فصل : واشتقاق الإجارة من الأجر ، وهو العوض ، قال الله تعالى : ﴿ لَوْ شِئْتُ لَاتَّخَذْتُ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾ ^(٩) . ومنه سُمى الثواب أجرا ؛ لأن الله تعالى يعوض العبد به على طاعته ، أو صبره على مصيبته .

(٦) فى : باب إثم من باع حرا ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إثم من منع أجر الأجير ، من كتاب الإجارة . صحيح البخارى ١٠٨/٣ ، ١١٨ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٥٨/٢ .

(٧) عبد الرحمن بن كيسان الأصم ، أبو بكر شيخ المعتزلة ، اشتهر بالكلام والأصول والفقه ، توفى سنة إحدى ومائتين . سير أعلام النبلاء ٤٠٢/٩ .

(٨) فى الأصل : « صاحب » .

(٩) سورة الكهف ٧٧ .

فصل : وهى نوع من البيع ، لأنها تمليك^(١٠) من كل واحد منهما لصاحبه ،
فهى بيع المنافع ، والمنافع بمنزلة الأعيان ، لأنه^(١١) يصح تمليكها فى حال الحياة ،
وبعد الموت ، وتضمن باليد والإتلاف ، ويكون عوضها عيناً وديناً . وإنما اختصت
باسم كما اختص بعض الشيوع باسم ، كالصرف ، والسلم . إذ ثبت هذا فإنها تنعقد
بلفظ الإجارة والكراء ؛ لأنهما موضوعان لها . وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان ؛
أحدهما ، تنعقد به ؛ لأنها بيع فاعتقدت بلفظه ، كالصرف . والثانى ، لا تنعقد به ؛
لأن فيها معنى خاصاً ، فافتقرت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى ، ولأن الإجارة تضاف
إلى العين / التى يضاف إليها البيع إضافة واحدة ، فاحتيج إلى لفظ يعرف ويفرق بينهما ،
كالعقود المتباينة ، ولأنه عقد يخالف البيع فى الحكم والاسم ، فأشبهه التكاخ .
فصل : ولا يصح إلا من جائز التصرف ؛ لأنه^(١٢) عقد تمليك فى الحياة ، فأشبهه
البيع .

و ٧٩/٥

٨٩١ - مسألة ؛ قال : (وإذا وقعت الإجارة على مدة معلومة ، بأجرة
معلومة ، فقد ملك المستأجر المنافع ، وملك عليه الأجرة كاملة ، فى وقت
العقد ، إلا أن يشتري طأ أجلاً)

هذه المسألة تدل على أحكام ستة ؛ أحدها ، أن المعقود عليه المنافع . وهذا قول
أكثر أهل العلم ، منهم : مالك ، وأبو حنيفة ، وأكثر أصحاب الشافعى . وذكر
بعضهم أن المعقود عليه العين ؛ لأنها الموجودة ، والعقد يضاف إليها ، فيقول :
أجرتك دارى^(١٣) كما يقول : بعثتها^(١٤) . ولنا ، أن المعقود عليه هو المستوفى

(١٠) فى ب : « تملك » .

(١١) فى ب : « لأنها » .

(١٢) فى م : « لأنها » .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

بالعقد ، وذلك هو المنافع دون الأعيان ، ولأن الأجر في مقابلة المنفعة ، ولهذا تضمن دون العين ، وما كان العوض في مقابلته ، فهو المعقود عليه ، وإنما أضيف العقد إلى العين لأنها محل المنفعة ومنشؤها ، كما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمرة . ولو قال : أجرتك منفعة دارى . جاز . الثانى ، أن الإجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة ، كشهري وسنة . ولا خلاف في هذا تعلمه ، لأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه ، المعرفة له ، فوجب أن تكون معلومة ، كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل . / فإن قدر المدة بسنة مطلقة ، حيل على سنة الأهلة ؛ لأنها المعهودة في الشرع ، قال الله تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ ﴾ (١) فوجب أن يحمل العقد عليه . فإن شرط هلائية ، كان تأكيدا ، وإن قال : عديته ، أو سنة بالأيام . كان له ثلاثمائة وستون يوما ؛ لأن الشهر العديي يكون ثلاثين يوما . وإن استأجر سنة هلائية أول الهلال ، عد اثنتي عشر شهرا بالأهلة ، سواء كان الشهر تاما أو ناقصا ؛ لأن الشهر الهلالي ما بين الهلالين ، ينقص مرة ويزيد أخرى . وإن كان العقد في أثناء شهر ، عد ما بقي من الشهر ، وعد بعده أحد عشر شهرا بالهلال ، ثم كمل الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوما ؛ لأنه تعدد إتمامه بالهلال ، فتمناه (٢) بالعدد ، وأمكن استيفاء ما عده بالهلال ، فوجب ذلك ؛ لأنه الأصل . وحكى عن أحمد رواية أخرى ، أنه يستوفى الجميع بالعدد ؛ لأنها مدة يستوفى بعضها بالعدد ، فوجب استيفاء جميعها به ، كما لو كانت المدة شهرا واحدا ، ولأن الشهر الأول ينبغي أن يكمل من الشهر الذى يليه ، فيحصل ابتداء الشهر الثانى فى (٤) أثنائه ، فكذلك كل شهر يأتي بعده . ولأبى حنيفة والشافعى كالروايتين . وهكذا إن كان العقد على أشهر دون السنة . وإن جعل المدة (٥) سنة رومية أو شمسية أو فارسية

٧٩/٥ ظ

(٢) سورة البقرة ١٧٩ .

(٣) فى الأصل : « ضمها » . و « ب » : « ضم » .

(٤) فى « ب » : « من » .

(٥) سقط من « ب » .

أَوْ قِطِيَّةً ، وَكَانَا يَعْلَمَانِ ذَلِكَ ، جَازَ ، وَ/ كَانَ لَهُ ثَلَاثُمِائَةٍ وَخَمْسَةٌ وَسِتُّونَ يَوْمًا ، فَإِنَّ الشُّهُورَ الرُّومِيَّةَ مِنْهَا سَبْعَةٌ أَحَدُ وَثَلَاثُونَ يَوْمًا ، وَأَرْبَعَةٌ ثَلَاثُونَ يَوْمًا ، وَشَهْرٌ وَاحِدٌ ثَمَانِيَّةٌ وَعِشْرُونَ يَوْمًا ، وَشُهُورُ الْقَبِيطِ كُلُّهَا ثَلَاثُونَ ثَلَاثُونَ ، وَزَادُوهَا خَمْسَةَ أَيَّامٍ لِتَسَاوِيَ سَنَّتُهُمُ السَّنَةَ الرُّومِيَّةَ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا يَجْهَلُ ذَلِكَ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ مَجْهُولَةٌ فِي حَقِّهِ . وَإِنْ أَجَرَهُ إِلَى الْعِيدِ ، انْصَرَفَ إِلَى الَّذِي يَلِيهِ ، وَتَعَلَّقَ بِأَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ غَايَةً ، فَتَنْتَهِي مُدَّةُ الْإِجَارَةِ بِأَوَّلِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا بُدَّ مِنْ تَعْيِينِ الْعِيدِ فَطَرَا أَوْ أَضْحَى ، مِنْ هَذِهِ السَّنَةِ أَوْ سَنَةِ كَذَا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ عُلِّقَ بِشَهْرٍ يَقَعُ اسْمُهُ عَلَى شَهْرَيْنِ ، كَجُمَادَى وَرَبِيعٍ ، يَجِبُ عَلَى قَوْلِهِ أَنْ يَذْكُرَ الْأَوَّلَ أَوِ الثَّانِي ، مِنْ سَنَةِ كَذَا . وَإِنْ عُلِّقَ بِشَهْرٍ مُفْرَدٍ ، كَرَجَبٍ وَشَعْبَانَ ، فَلَا بُدَّ أَنْ يُبَيِّنَ مِنْ أَىِّ سَنَةٍ . وَإِنْ عُلِّقَ بِيَوْمٍ ، فَلَا بُدَّ عَلَى قَوْلِهِ أَنْ يُبَيِّنَ مِنْ أَىِّ أُسْبُوعٍ . وَإِنْ عُلِّقَ بِعِيدٍ مِنْ أَعْيَادِ الْكُفَّارِ ، صَحَّ إِذَا عَلِمَاهُ ، وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ ، وَقَدْ مَضَى نَحْوُ مِنْ هَذَا .

فصل : وَلَا يُشْتَرَطُ فِي مُدَّةِ الْإِجَارَةِ أَنْ تَلِيَ الْعَقْدَ ، بَلْ / لَوْ أَجَرَهُ سَنَةٌ خَمْسٌ ، وَهُمَا فِي سَنَةِ ثَلَاثَ ، أَوْ شَهْرٌ رَجَبٍ فِي الْمُحَرَّمِ . صَحَّ ، وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنْ^(٦) يَسْتَأْجِرَهَا مَنْ هِيَ فِي إِجَارَتِهِ ، فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَا لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ فِي الْحَالِ ، فَأَشْبَهَ إِجَارَةَ الْعَيْنِ الْمَعْصُومَةِ . قَالَ : وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكْتَرِيَ بَعِيرًا بِعَيْنِهِ إِلَّا عِنْدَ خُرُوجِهِ ؛ لِذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا^(٧) مُدَّةٌ يَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَيْهَا مَعَ غَيْرِهَا ، فَجَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا مُفْرَدَةً مَعَ عُمُومِ النَّاسِ ، كَالَّتِي تَلِيَ الْعَقْدَ ، وَإِنَّمَا تُشْتَرَطُ الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ عِنْدَ جُوبِ التَّسْلِيمِ كَالْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ وُجُودُهُ وَلَا الْقُدْرَةُ عَلَيْهِ حَالَ الْعَقْدِ ، وَلَا فَرْقٌ بَيْنَ كَوْنِهَا مَشْغُولَةً أَوْ غَيْرَ مَشْغُولَةٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَمَا ذَكَرَهُ^(٨) يَطْلُ

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في م : ، أُنْ هَذِهِ ، .

(٨) في م : ، ذَكَرَهُ .

بما إذا أجزأها من المُكْتَرَى ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ مَعَ مَا ذَكَرَهُ^(٩) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ
 إِنْ كَانَتْ عَلَى مُدَّةٍ تَلِي الْعَقْدَ ، لَمْ يَحْتَاجْ إِلَى ذِكْرِ ابْتِدَائِهَا مِنْ حِينَ الْعَقْدِ ، وَإِنْ كَانَتْ
 لَا تَلِيهِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ ابْتِدَائِهَا ، لِأَنَّهُ أَحَدُ طَرَفَيْ الْعَقْدِ ، فَاحْتِيجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ،
 كَالِابْتِهَاءِ . وَإِنْ أَطْلُقَ . فَقَالَ : أَجْرُكَ سَنَةً ، أَوْ شَهْرًا . صَحَّ / وَكَانَ ابْتِدَاؤُهُ مِنْ حِينَ
 الْعَقْدِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ . وَبَعْضُ أَصْحَابِنَا : لَا يَصِحُّ
 حَتَّى يُسَمَّى الشَّهْرَ ، وَيَذْكُرَ أَيَّ سَنَةٍ هِيَ ؛ فَإِنَّ أَحْمَدَ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ :
 إِذَا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا شَهْرًا ، فَلَا يَجُوزُ حَتَّى يُسَمَّى الشَّهْرَ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى إِنْخِبَارًا عَنْ
 شُعَيْبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ : ﴿ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ ﴾^(١٠) . وَلَمْ يَذْكُرْ
 ابْتِدَاءَهَا . وَلِأَنَّهُ تَقْدِيرٌ بِمُدَّةٍ لَيْسَ فِيهَا قُرْبَةٌ ، فَإِذَا أَطْلَقَهَا^(١١) ، وَجَبَ أَنْ تَلِيَ السَّبَبَ
 الْمَوْجِبَ^(١٢) ، كَمُدَّةِ السَّلَمِ وَالْإِيْلَاءِ ، وَتَفَارِقِ النَّذَرِ ؛ فَإِنَّهُ قُرْبَةٌ .

فصل : وَلَا تَقْدَرُ أَكْثَرُ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ ، بَلْ تَجُوزُ إِجَارَةُ الْعَيْنِ الْمُدَّةَ الَّتِي تَبْقَى فِيهَا
 وَإِنْ كَثُرَتْ . وَهَذَا قَوْلُ كَافَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . إِلَّا أَنَّ أَصْحَابَ الشَّافِعِيِّ اخْتَلَفُوا فِي مَذْهَبِهِ ،
 فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَهُ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِ سَائِرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . الثَّانِي ،
 لَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْ سَنَةٍ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ لَا تَدْعُو إِلَى أَكْثَرِ مِنْهَا . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَهُ قَوْلٌ ثَالِثٌ ،
 أَنَّهَا لَا تَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثِينَ سَنَةً ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّ الْأَعْيَانَ لَا تَبْقَى أَكْثَرُ مِنْهَا ، وَتَتَغَيَّرُ
 الْأَسْعَارُ وَالْأَجْرُ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى إِنْخِبَارًا عَنْ شُعَيْبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، أَنَّهُ قَالَ : ﴿ عَلَى
 أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أَثْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾ ، وَشَرْعٌ مِنْ قَبْلُنَا شَرْعٌ
 لَنَا مَا لَمْ يَقُمْ عَلَى نَسْخِهِ دَلِيلٌ . وَلِأَنَّ مَا جَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ سَنَةً ، جَازَ أَكْثَرُ مِنْهَا ، كَالْبَيْعِ .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « ذَكَرْنَاهُ » . وَفِي م : « ذَكَرُوهُ » .

(١٠) سُورَةُ الْقَصَصِ ٢٧ .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « أَطْلَقَا » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

والتَّكَاحِ وَالْمُسَاقَاةِ ، وَالتَّقْدِيرُ بِسَنَةٍ / وَثَلَاثِينَ ، تَحَكُّمٌ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ أَوْلَى مِنَ التَّقْدِيرِ بِزِيَادَةٍ عَلَيْهِ أَوْ نُقْصَانٍ مِنْهُ . وَإِذَا اسْتَأْجَرَهُ سِنِينَ ، لَمْ يَخْتَجْ إِلَى تَقْسِيطِ الْأَجْرِ عَلَى كُلِّ سَنَةٍ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ، كَالْوِاسْتَأْجَرِ سَنَةً لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى تَقْسِيطِ أَجْرِ كُلِّ شَهْرٍ ، بِالِاتِّفَاقِ . وَلَوْ اسْتَأْجَرَ شَهْرًا ، لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى تَقْسِيطِ أَجْرِ كُلِّ يَوْمٍ . وَلَأنَّ الْمَنْفَعَةَ كَالْأَعْيَانِ فِي الْبَيْعِ ، وَلَوْ اشْتَمَلَتِ الصَّفَقَةُ عَلَى أَعْيَانٍ ، لَمْ يَلْزَمُهُ تَقْدِيرُ ثَمَنِ كُلِّ عَيْنٍ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ كَقَوْلِنَا ، وَفِي الْآخَرِ : يَفْتَقِرُ إِلَى تَقْسِيطِ أَجْرِ كُلِّ سَنَةٍ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ السِّنِينَ ، فَلَا نَأْمَنُ^(١٣) أَنْ يَنْقَسِخَ الْعَقْدُ ، فَلَا يَعْلَمُ بِمَرَجِعٍ . وَهَذَا يَبْطُلُ بِالشُّهُورِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى تَقْسِيطِ الْأَجْرِ عَلَيْهَا ، مَعَ الْإِحْتِمَالِ الَّذِي ذَكَرُوهُ .

فصل : والإجارة على ضربين ؛ أحدهما ، أن يعقدها على مدة . والثاني ، أن يعقدها على عمل معلوم ، كبناء حائط ، وخباطة قميص ، وحمل إلى موضع معين . فإذا كان المستأجر ممَّا له عمل كالحيوان ، جاز فيه الوجهان ؛ لِأنَّ له عملاً تَقْدَرُ مَنَافِعُهُ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَمَلٌ كَالدَّارِ وَالْأَرْضِ ، لَمْ يَجُزْ إِلَّا عَلَى مُدَّةٍ . وَمَتَى تَقْدَرَتِ الْمُدَّةُ ، لَمْ يَجُزْ تَقْدِيرُ الْعَمَلِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا يَزِيدُهُا غَرَرًا ، لِأَنَّهُ قَدْ يَفْرُغُ مِنَ الْعَمَلِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، فَإِنْ اسْتَعْمَلَ فِي بَقِيَّةِ الْمُدَّةِ ، فَقَدْ زَادَ عَلَى مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ كَانَ تَارِكًا لِلْعَمَلِ فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ ، وَقَدْ لَا يَفْرُغُ مِنَ الْعَمَلِ فِي الْمُدَّةِ ، فَإِنْ أَتَمَّهُ عَمِلَ فِي غَيْرِ الْمُدَّةِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْهُ لَمْ يَأْتِ بِمَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، وَهَذَا غَرَرٌ أَمْكَنَ التَّحَرُّزُ عَنْهُ ، وَلَمْ يُوجَدْ مِثْلُهُ فِي مَحَلِّ الْوَفَاقِ ، فَلَمْ يَجُزِ الْعَقْدُ مَعَهُ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ اشْتَرَى دَابَّةً إِلَى مَوْضِعٍ ، عَلَى أَنْ يَدْخُلَهَا فِي ثَلَاثٍ ، فَدَخَلَهَا فِي سِتٍّ ، فَقَالَ : قَدْ أَضَرَّ بِهِ . فَقِيلَ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْقِيمَةِ ؟ قَالَ : لَا ، يُصَالِحُهُ . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى جَوَازِ تَقْدِيرِهِمَا جَمِيعًا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُونُسَ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ

(١٣) فِي ب ، م : يَأْمَنُ .

الحَسَنِ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ مَعْقُودَةٌ عَلَى الْعَمَلِ ، وَالْمُدَّةُ مَذْكُورَةٌ لِلتَّعْجِيلِ ، فَلَا يَمْتَنِعُ ^(١٤) ذَلِكَ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا فَرَغَ الْعَمَلُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ الْعَمَلُ فِي بَقِيَّتِهَا ؛ لِأَنَّهُ وَفَّى مَا عَلَيْهِ قَبْلَ مُدَّتِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ آخَرُ ، كَمَا لَوْ قَضَى الدَّيْنُ قَبْلَ أَجَلِهِ ، وَإِنْ مَضَتْ الْمُدَّةُ قَبْلَ الْعَمَلِ ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ فُسْخُ الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَجِيرَ لَمْ يَفِ لَهُ بِشَرْطِهِ . وَإِنْ رَضِيَ بِالْبَقَاءِ عَلَيْهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْأَجِيرُ الْفُسْخَ ؛ لِأَنَّ الْإِخْلَالَ بِالشَّرْطِ مِنْهُ ، فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ وَسِيلَةً لَهُ إِلَى الْفُسْخِ ، كَمَا لَوْ تَعَذَّرَ أَداءُ الْمُسْلِمِ فِيهِ فِي وَقْتِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ الْفُسْخَ ، وَيَمْلِكُهُ الْمُسْلِمُ . فَإِنْ اخْتَارَ إِمضاءَ الْعَقْدِ ، طَالَبَهُ بِالْعَمَلِ لَا غَيْرَ ، كَالْمُسْلِمِ ^(١٥) إِذَا صَبَرَ عِنْدَ تَعَذُّرِ الْمُسْلِمِ فِيهِ إِلَى حِينِ وُجُودِهِ . لَمْ يَكُنْ لَهُ أَكْثَرُ مِنَ الْمُسْلِمِ فِيهِ . وَإِنْ فَسَخَ الْعَقْدَ قَبْلَ عَمَلِ شَيْءٍ مِنَ الْعَمَلِ ، سَقَطَ الْأَجْرُ وَالْعَمَلُ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ عَمَلِ شَيْءٍ مِنْهُ ، فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ انْفَسَخَ ، فَسَقَطَ الْمُسَمَّى ، وَرَجَعَ إِلَى أَجْرِ الْمِثْلِ .

فصل : وَمَنِ اشْتَرَى دَابَّةً إِلَى الْعِشَاءِ ، فَأَخَّرَ الْمُدَّةَ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : آخِرُهَا زَوَالُ الشَّمْسِ ؛ لِأَنَّ الْعِشَاءَ آخِرُ النَّهَارِ ، وَآخِرُ النَّهَارِ النُّصْفُ الْآخَرُ مِنَ الزَّوَالِ ، وَلِذَلِكَ جَاءَ فِي حَدِيثِ ذِي الْيَدَيْنِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، قَالَ : صَلَّى بِنَا النَّبِيِّ ﷺ إِحْدَى صَلَاتَيِ الْعِشَاءِ يَعْنِي ^(١٦) الظُّهْرَ أَوْ الْعَصْرَ ^(١٧) . هَكَذَا تَفْسِيرُهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوَرَاتٍ لَكُمْ ﴾ ^(١٧) يَعْنِي الْعَتَمَةَ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَوْ لَا أَنْ أَشُقَّ عَلَى أُمَّتِي لِأَخَّرْتُ الْعِشَاءَ إِلَى ثَلَاثِ اللَّيْلِ » ^(١٨) . وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ ، لِأَنَّ هَذِهِ

(١٤) فِي ب : « يَمْنَعُ » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « وَكَالْمُسْلِمِ » .

(١٦ - ١٧) فِي الْأَصْلِ : « صَلَاةُ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ » .

وَتَقْدِمُ تَخْرِيجُ الْحَدِيثِ فِي : ٤٠٤/٢ .

(١٧) سُورَةُ النُّورِ ٥٨ . وَلَمْ يَرِدْ فِي ب ، م : ﴿ ثَلَاثُ عَوَرَاتٍ لَكُمْ ﴾ .

(١٨) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي : ٤٢/٢ .

الصَّلَاةُ تُسَمَّى ^(١٩) الْعِشَاءَ الْآخِرَةَ ، فدلَّ ^(٢٠) على أَنَّ / الأولى الْمَغْرِبُ ، وهو في العَرَفِ كذلك، فَوَجَبَ أَنْ يَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِهِ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ إِذَا جُعِلَتْ إِلَى وَقْتٍ تَعَلَّقَتْ بِأَوَّلِهِ، كَمَا لَوْ جَعَلَهَا إِلَى اللَّيْلِ . وما ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْعِشَاءِ غَيْرُ لَفْظِ الْعِشَاءِ ، فَلَا يَجُوزُ الْاِحْتِجَاجُ بِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، حَتَّى يَقُومَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ مَعْنَى اللَّفْظَيْنِ وَاحِدٌ . ثم لَوْ ثَبَتَ أَنَّ مَعْنَاهُمَا وَاحِدٌ ، غَيْرَ أَنَّ أَهْلَ الْعَرَفِ لَا يَعْرِفُونَهُ ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ . وكذلك الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا اكْتَرَاهَا إِلَى الْعِشَاءِ ؛ لِأَنَّ أَهْلَ الْعَرَفِ لَا يَعْرِفُونَ غَيْرَ مَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ اكْتَرَاهَا إِلَى اللَّيْلِ ، فَهِيَ إِلَى أَوَّلِهِ ، وكذلك إِنْ اكْتَرَاهَا إِلَى النَّهَارِ ، فَهِيَ إِلَى أَوَّلِهِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَدْخُلَ اللَّيْلُ فِي الْمُدَّةِ الْأُولَى ، وَالنَّهَارُ فِي الثَّانِيَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي ^(٢١) مُدَّةِ الْخِيَارِ ^(٢٢) ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . وَإِنْ اكْتَرَاهَا نَهَارًا فَهِيَ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ . وَإِنْ اكْتَرَاهَا لَيْلَةً ، فَهِيَ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ ، فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ فِي لَيْلَةِ الْقَدْرِ : ﴿ سَلَامٌ هِيَ حَتَّى مَطْلَعِ الْفَجْرِ ﴾ ^(٢٣) . وقال تعالى : ﴿ أَجَلٌ لَكُمْ لَيْلَةُ الصِّيَامِ آتَيْنَاهُ إِلَى نِسَائِكُمْ ﴾ ثم قال : ﴿ فَالآنَ بَاشِرُوهُمْ وَأَنِتُّوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَلَكُمْ وَكُلُّوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَبَيِّنَ لَكُمْ الْخَبِيطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَبِيطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ﴾ ^(٢٤) .

فصل : وَإِنْ اكْتَرَى فُسْطَاطًا إِلَى مَكَّةَ ، وَلَمْ يَقُلْ مَتَى أَخْرُجُ ^(٢٥) ، فَالْكِرَاءُ فَاسِدٌ . وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَجُوزُ اسْتِخْسَانًا ،

= ويضاف إليه : وأخرجه مسلم ، في : باب وقت العشاء وتأخيرها ، من كتاب المساجد ومواضع الصلاة . صحيح مسلم ٤٤٢/١ .

(١٩) في ب زيادة : « بصلاة » .

(٢٠) في الأصل ، ب : « فيدل » .

(٢١ - ٢٢) في الأصل : « هذه الأخبار » .

(٢٢) سورة القدر ٥ .

(٢٣) سورة البقرة ١٨٧ .

(٢٤) سقط من : الأصل .

بِخِلَافِ الْقِيَاسِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُدَّةٌ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ الْإِتْدَاءِ ، فَلَمْ يَجْزْ ، كَمَا لَوْ^(٢٥) قَالَ :
أَجْرُكَ دَارِي مِنْ حِينَ يَخْرُجُ^(٢٦) الْحَاجُّ إِلَى آخِرِ السَّنَةِ . وَقَدْ اعْتَرَفُوا بِمُخَالَفَتِهِ
لِلدَّلِيلِ ، وَمَا ادَّعَوْهُ دَلِيلًا لَا نُسَلِّمُ كَوْنَهُ دَلِيلًا .

فصل : الحكم الثالث ، أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي عَوَضِ الْإِجَارَةِ كَوْنُهُ مَعْلُومًا . لَا نَعْلَمُ فِي
ذَلِكَ خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ عَوَضٌ فِي عَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا ، كَالثَّمَنِ
فِي الْبَيْعِ ، وَقَدْ رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا ، فَلْيُعْلِمْنَاهُ
أَجْرَهُ »^(٢٧) . وَيُعْتَبَرُ الْعِلْمُ بِالرُّؤْيَةِ أَوْ بِالصِّفَةِ كَالْبَيْعِ سَوَاءً . فَإِنْ كَانَ الْعَوَضُ مَعْلُومًا
بِالْمُشَاهَدَةِ دُونَ الْقَدْرِ ، كَالصَّبْرِ ، اِحْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ، أَشْبَهُهُمَا الْجَوَازُ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ
مَعْلُومٌ يَجُوزُ بِهِ الْبَيْعُ ، فَجَازَتْ بِهِ الْإِجَارَةُ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ قَدْرَهُ . وَالثَّانِي : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ
قَدْ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بَعْدَ تَلَفِ الصَّبْرِ ، فَلَا يَدْرِي بِكَمْ يَرْجِعُ ، فَاشْتَرَطَ مَعْرِفَةَ قَدْرِهِ
كَعَوَضِ الْمُسَلِّمِ فِيهِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّ الْعِلْمَ بِالْقَدْرِ فِي عَوَضِ
السَّلَمِ لَيْسَ بِشَرْطٍ ، ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْمَنْفَعَةَ هُنَا أُجْرِيَتْ مُجَرَّى الْأَغْيَانِ ؛ لِأَنَّهَا
مُتَعَلِّقَةٌ بِعَيْنٍ حَاضِرَةٍ ، وَالسَّلَمُ يَتَعَلَّقُ بِمَعْدُومٍ ، فَافْتَرَقَا ، وَلِلشَّافِعِيِّ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا
فِي هَذَا الْفَصْلِ .

و ٨٣/٥

فصل : وَكُلُّ مَا جَازَ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ ، جَازَ عَوَضًا فِي الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ
أَشْبَهَ الْبَيْعِ . فَعَلِيَ هَذَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْعَوَضُ عَيْنًا وَمَنْفَعَةً أُخْرَى ، سَوَاءً كَانَ الْجِنْسُ
وَاحِدًا ، كَمَنْفَعَةِ دَارٍ بِمَنْفَعَةِ^(٢٨) أُخْرَى ، أَوْ مُخْتَلِفًا ، كَمَنْفَعَةِ دَارٍ بِمَنْفَعَةِ عَبْدٍ ، قَالَ

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) سقط من : ب .

(٢٧) أخرجه النسائي ، في : باب الثالث من الشروط في المزارعة والوثائق ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٢٩/٧
موقوفاً على أبي سعيد . والبيهقي ، في : باب لا يجوز الإجارة حتى تكون معلومة ... ، من كتاب الإجارة . سنن
البيهقي ١٢٠/٦ . وابن أبي شيبة ، في : باب من كره أن يستعمل الأجير حتى يبين له أجره ، من كتاب البيوع
والأقضية . المصنف ٣٠٣/٦ .

(٢٨) في ب زيادة : « دار » .

أحمد : لا بأس أن يكثرى بطعامٍ موصوفٍ معلوم . وبهذا كله قال الشافعي ، قال الله تعالى إخباراً عن شعيب ، أنه قال : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ ﴾ فجعل النكاح عوض الإجارة . وقال أبو حنيفة ؛ فيما حكى عنه : لا تجوز إجارة دار بسكنى أخرى ، ولا يجوز إلا^(٢٩) أن يختلف جنس المنفعة ، كسكنى دار بمنفعة بهيمة ؛ لأن الجنس الواحد عنده يحرم النساء . وكرة الثوري الإجارة بطعامٍ موصوفٍ . والصحيح جوازه ، وهو قول إسحاق ، وأصحاب الرأي ، وقياس قول الشافعي ؛ لأنه عوض يجوز في البيع ، فجاز في الإجارة ، كالذهب والفضة . ومقاله أبو حنيفة لا يصح ؛ لأن المنافع في الإجارة ليست في تقدير التسيئة ، ولو كانت تسيئة ما جاز في جنسين ؛ لأنه يكون بيع دين بدين .

فصل : ولو استأجر رجلاً ليسلخ له بهيمة بجليدها ، لم يجز ؛ لأنه لا يعلم هل يخرج الجلد سليماً أو لا ، وهل هو ثخين أو رقيق ، ولأنه لا يجوز أن يكون ثمناً في البيع ، فلا يجوز أن يكون عوضاً في الإجارة ، كسائر المجهولات . فإن سلخه بذلك ، فله أجر مثله . وإن استأجره لطرح مئنة بجليدها ، فهو أبلغ في الفساد ؛ لأن جلد المئنة نجس لا يجوز بيعه ، وقد خرج بموته عن كونه ملكاً . وإن فعل ، فله أجر مثله أيضاً .

فصل : ولو استأجر راعياً لعنم بثلث درهما وسليها وصوفها وشعرها ، أو نصفه ، أو جميعه ، لم يجز . نص عليه أحمد ، في رواية جعفر بن محمد النسائي^(٣٠) ؛ لأن الأجر غير معلوم ، ولا يصلح عوضاً في البيع . وقال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل ، على أن يعلفها ويتحفظها^(٣١) ، وما ولدت من ولد

(٢٩) سقط من : م .

(٣٠) جعفر بن محمد النسائي ، روى عن الإمام أحمد أجزاء صالحة ، ومسائل كثيرة ، وقتل بمكة ، في شيء من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . طبقات الحنابلة ١/ ١٢٤ .

(٣١) في الأصل : « ويحفظها » .

بينهما . فقال : أكره ذلك . وبه قال أبو (٣٢) أيوب ، وأبو حنيفة (٣٣) . ولا أعلم فيه مخالفاً ؛ وذلك لأن العوض مجهول مغدوم ، ولا يدرى أيوجد أم لا ، والأصل عدمه ، ولا يصح أن يكون ثمتا . فإن قيل : فقد جوزتم دفع الدابة إلى من يعمل / عليها ينصف ربحها . قلنا : إنما جازتم تشبيها بالمضاربة ؛ لأنها عين تسمى بالعمل ، فجاز اشتراط جزء من الثماء ، (٣٤) والمساواة كالمضاربة ، وفي مسألتنا لا يمكن ذلك ؛ لأن الثماء (٣٥) الحاصل في العثم لا يقف حصوله على عمله فيها ، فلم يمكن إلحاقه بذلك . وإن استأجره على رعايتها مدة معلومة ، ينصفها ، أو جزء معلوم (٣٦) منها ، صح ؛ لأن العمل والأجر والمدة معلوم ، فصح ، كما لو (٣٧) جعل الأجر ذراهم ، ويكون الثماء الحاصل بينهما بحكم الملك ، لأنه ملك الجزء المجعول له منها في الحال ، فيكون له ثماؤه ، كما لو اشتراه .

فصل : الحكم الرابع ، أن الإجارة إذا ثمتت ، وكانت على مدة ، ملك المستأجر المنافع المعقود عليها إلى المدة ، ويكون خدونها على ملكه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : تحدث على ملك المؤجر ، ولا يملكها المستأجر بالعقد ؛ لأنها مغدومة ، فلا تكون مملوكة ، كالثمره والولد . ولنا ، أن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلة كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين ، فلما أجزها صار المستأجر مالكا للتصرف فيها ، كما كان يملكه المؤجر ، فثبت أنها كانت مملوكة لمالك العين ، ثم انتقلت إلى المستأجر ، بخلاف الولد والثمره ، فإن المستأجر لا يملك التصرف فيها . وقولهم : إن المنافع

(٣٢) سقط من : ب .

(٣٣) في الأصل : « وأبو حنيفة » .

(٣٤ - ٣٥) سقط من : الأصل . وسقط من ب قوله : « والمساواة » .

(٣٥) سقط من : م .

مَعْدُومَةٌ . قُلْنَا : هِيَ مُقَدَّرَةُ الْوُجُودِ ؛ لِأَنَّهَا جُعِلَتْ مَوْرِدًا لِلْعَقْدِ ، وَالْعَقْدُ لَا يَرِدُ إِلَّا عَلَى مَوْجُودٍ .

فصل : الحكم الخامس ، أَنَّ الْمُؤَجِّرَ يَمْلِكُ الْأَجْرَةَ بِمُجَرِّدِ الْعَقْدِ ، إِذَا أُطْلِقَ وَلَمْ يَشْتَرِطِ الْمُسْتَأْجِرُ أَجَلًا ، كَمَا يَمْلِكُ الْبَائِعُ الثَّمَنَ بِالْبَيْعِ . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك ، وأبو حنيفة : لَا يَمْلِكُهَا بِالْعَقْدِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ الْمُطَالِبَةُ بِهَا إِلَّا يَوْمًا يَوْمًا ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ تَعَجُّلُهَا . قال أبو حنيفة : إِلَّا أَنْ تَكُونَ مُعَيَّنَةً ، كَالثَّوْبِ وَالْعَبْدِ وَالْدَّارِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ ^(٣٦) . فَأَمَرَ بِإِيتَائِهِنَّ بَعْدَ الْإِرْضَاعِ ^(٣٧) ، وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْنُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ، رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُؤْفَهِ أَجْرَهُ » ^(٣٨) . فَتَوَعَّدَ عَلَى الْامْتِنَاعِ مِنْ دَفْعِ الْأَجْرِ بَعْدَ الْعَمَلِ . دَلَّ ^(٣٩) عَلَى أَنَّهَا حَالَةُ الْوُجُوبِ . وَرَوَى عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ : « أُعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَه ^(٤٠) ، وَلَأَنَّهُ عِوَضٌ لَمْ يَمْلِكْ مُعَوَّضَهُ ، فَلَمْ يَجِبْ تَسْلِيمُهُ ، كَالْعِوَضِ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ ، فَإِنَّ الْمَنَافِعَ مَعْدُومَةٌ لَمْ تَمْلِكْ ، وَلَوْ مِلَكْتَ فَلَمْ يَتَسَلَّمْهَا ، لِأَنَّهُ يَتَسَلَّمُهَا شَيْئًا فَشَيْئًا . فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْعِوَضُ مَعَ تَعَذُّرِ التَّسْلِيمِ فِي الْعَقْدِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عِوَضٌ أُطْلِقَ ذِكْرُهُ فِي عَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ ، فَيُسْتَحَقُّ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ ، كَالثَّمَنِ وَالصَّدَاقِ . أَوْ نَقُولُ : عِوَضٌ فِي عَقْدٍ / يُتَعَجَّلُ بِالشَّرْطِ ، فَوَجِبَ أَنْ يُتَعَجَّلَ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ ، كَالَّذِي ذَكَرْنَا ^(٤١) . فَأَمَّا الْآيَةُ فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الْإِيتَاءَ عِنْدَ الشَّرْعِ فِي الْإِرْضَاعِ ^(٤٢) ، أَوْ تَسْلِيمِ نَفْسِهَا ، كَمَا قَالَ تَعَالَى : ﴿ فَإِذَا

٨٤/٥ و

(٣٦) سورة الطلاق ٦ .

(٣٧) في ب ، م : « الْإِرْضَاعِ » .

(٣٨) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

(٣٩) في م : « فدل » .

(٤٠) في : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٧/٢ .

(٤١) في الأصل : « ذكره » .

(٤٢) في م : « الرضاع » .

قَرَأْتُ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذَ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴿٤٣﴾ . أى إذا أَرَدْتَ الْقِرَاءَةَ .
ولأنَّ هَذَا تَمَسُّكَ بِدَلِيلِ الْخُطَابِ ، وَلَا يَقُولُونَ بِهِ ، وَكَذَلِكَ الْحَدِيثُ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ
الْأَمْرَ بِالْإِيْتَاءِ فِي وَقْتٍ لَا يَمْنَعُ وَجُوبَهُ قَبْلَهُ ، كَقَوْلِهِ : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ
أُجُورَهُنَّ ﴾ ﴿٤٤﴾ . وَالصَّدَاقُ يَجِبُ قَبْلَ الْاسْتِمْتَاعِ ، وَهَذَا هُوَ الْجَوَابُ عَنْ
الْحَدِيثِ ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّهُ إِنَّمَا تَوَعَّدَ عَلَى تَرْكِ الْإِيْفَاءِ ﴿٤٥﴾ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الْعَمَلِ ، وَقَدْ
قُلْتُمْ : يَجِبُ الْأَجْرُ شَيْئًا فَشَيْئًا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ تَوَعَّدَهُ عَلَى تَرْكِ الْإِيْفَاءِ ﴿٤٦﴾ فِي الْوَقْتِ
الَّذِي تَتَوَجَّهُ الْمُطَالَبَةُ فِيهِ عَادَةً . جَوَابٌ آخَرُ ، أَنَّ الْآيَةَ وَالْأَخْبَارَ إِنَّمَا وَرَدَتْ فِي مَنْ
اسْتَوْجَرَ عَلَى عَمَلٍ ، فَأَمَّا مَا وَقَعَتِ الْإِجَارَةُ فِيهِ عَلَى مُدَّةٍ ، فَلَا تَعْرُضُ ﴿٤٧﴾ لَهَا بِهِ ، وَأَمَّا
إِذَا كَانَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى عَمَلٍ ، فَإِنَّ الْأَجْرَ يُمْلِكُ بِالْعَقْدِ أَيْضًا ، لَكِنْ لَا يُسْتَحَقُّ تَسْلِيمُهُ
إِلَّا عِنْدَ تَسْلِيمِ الْعَمَلِ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : مَنْ اسْتَوْجَرَ لِعَمَلٍ مَعْلُومٍ ، اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ
عِنْدَ إِيْفَاءِ الْعَمَلِ ، وَإِنْ اسْتَوْجَرَ فِي كُلِّ يَوْمٍ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ ، فَلَهُ أَجْرُ كُلِّ يَوْمٍ عِنْدَ تَمَامِهِ .
وَقَالَ أَبُو الْخُطَّابِ : الْأَجْرُ يُمْلِكُ بِالْعَقْدِ ، وَيُسْتَحَقُّ بِالتَّسْلِيمِ ، وَيَسْتَقِرُّ بِمُضِيِّ
الْمُدَّةِ ، وَإِنَّمَا تَوَقَّفَ اسْتِحْقَاقُ تَسْلِيمِهِ عَلَى الْعَمَلِ ؛ لِأَنَّهُ عِوَضٌ ، فَلَا يُسْتَحَقُّ تَسْلِيمُهُ
إِلَّا مَعَ تَسْلِيمِ الْمُعَوَّضِ ، كَالصَّدَاقِ وَالثَّمَنِ فِي الْمَبِيعِ ، وَفَارَقَ الْإِجَارَةَ عَلَى الْأَعْيَانِ ؛
لِأَنَّ تَسْلِيمَهَا جَرَى ﴿٤٧﴾ مَجْرَى تَسْلِيمِ نَفْعِهَا ، وَمَتَى كَانَ ﴿٤٨﴾ عَلَى مَنَفْعَةٍ فِي الذَّمَّةِ ، لَمْ
يَحْصُلْ تَسْلِيمُ الْمَنَفْعَةِ ، وَلَا مَا يَقُومُ مَقَامَهَا ﴿٤٩﴾ ، فَتَوَقَّفَ ﴿٥٠﴾ اسْتِحْقَاقُ تَسْلِيمِ الْأَجْرِ
عَلَى تَسْلِيمِ الْعَمَلِ . وَقَوْلُهُمْ : لَمْ يَمْلِكِ الْمَنَافِعَ . قَدْ سَبَقَ الْجَوَابُ عَنْهُ . فَإِنْ قِيلَ :

(٤٣) سورة النحل ٩٨ .

(٤٤) سورة النساء ٢٤ .

(٤٥ - ٤٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٤٦) في الأصل : « يتعرض » .

(٤٧) في الأصل : « أجرى » .

(٤٨) في الأصل : « كانت » .

(٤٩) سقط من : م .

(٥٠) في الأصل : « فيتوقف » .

فإنَّ الْمُؤَجَّرَ إِذَا قَبِضَ الْأَجْرَ ، انْتَفَعَ بِهِ كُلُّهُ ، بِخِلَافِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَإِنَّهُ لَا يَحْصُلُ لَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ كُلِّهَا . قُلْنَا : لَا يَمْتَنِعُ هَذَا ، كَمَا لَوْ شَرَطْنَا^(٥١) التَّعْجِيلَ ، أَوْ كَانَ الثَّمَنُ عَيْنًا .

فصل : الحكم السادس ، أَنَّهُ إِذَا شَرَطَ تَأْجِيلَ الْأَجْرِ ، فَهُوَ إِلَى أَجَلِهِ ، وَإِنْ شَرَطَهُ مُنْجَمًا يَوْمًا يَوْمًا ، أَوْ شَهْرًا شَهْرًا ، أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ ، فَهُوَ عَلَى مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ إِجَارَةَ الْعَيْنِ كَبَيْعَهَا ، وَيَبْعُهَا يَصِحُّ بِثَمَنِ حَالٍ أَوْ مُؤَجَّلٍ ، فَكَذَلِكَ إِجَارَتُهَا .

فصل : وَإِذَا اسْتَوْفَى الْمُسْتَأْجِرُ الْمَنَافِعَ ، اسْتَقَرَّ الْأَجْرُ ؛ لِأَنَّهُ قَبِضَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، فَاسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْبَدَلُ ، كَمَا لَوْ قَبِضَ الْمَبِيعَ . وَإِنْ سُلِّمَتْ إِلَيْهِ الْعَيْنُ الَّتِي وَقَعَتْ الْإِجَارَةُ عَلَيْهَا / ، وَمَضَتْ الْمُدَّةُ ، وَلَا حَاجَازَ لَهُ عَنِ الِانْتِفَاعِ ، اسْتَقَرَّ الْأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ تَلَفَ تَحْتَ يَدِهِ ، وَهِيَ حَقُّهُ ، فَاسْتَقَرَّ عَلَيْهِ بَدَلُهَا ، كَثَمَنِ الْمَبِيعِ إِذَا تَلَفَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي . وَإِنْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ عَلَى عَمَلٍ ، فَتَسَلَّمَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، وَمَضَتْ مُدَّةُ يُمَكِّنُ اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ فِيهَا ، مِثْلُ أَنْ يَكْتَرِيَ ذَابَّةً لِيُرْكَبَهَا إِلَى جَمْعِ ، فَقَبِضَهَا ، وَمَضَتْ مُدَّةُ يُمَكِّنُ رُكُوبُهَا فِيهَا ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَسْتَقَرُّ عَلَيْهِ الْأَجْرُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَلَفَتْ تَحْتَ يَدِهِ بِاخْتِيَارِهِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ تَلَفَتْ الْعَيْنُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، وَكَأَلَوْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ عَلَى مُدَّةٍ فَمَضَتْ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَسْتَقَرُّ الْأَجْرُ عَلَيْهِ حَتَّى يَسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنْفَعَةٍ غَيْرِ مُوقَّتَةٍ بِزَمَنٍ ، فَلَمْ يَسْتَقَرَّ بَدَلُهَا^(٥٢) قَبْلَ اسْتِيفَائِهَا ، كَالْأَجْرِ لِلْأَجِيرِ^(٥٣) الْمُشْتَرِكِ . فَإِنْ بَدَلَ تَسْلِيمِ الْعَيْنِ ، فَلَمْ يَأْخُذْهَا الْمُسْتَأْجِرُ حَتَّى انْقَضَتْ الْمُدَّةُ . اسْتَقَرَّ الْأَجْرُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَلَفَتْ بِاخْتِيَارِهِ فِي مُدَّةِ الْإِجَارَةِ ، فَاسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْأَجْرُ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِ . وَإِنْ بَدَلَ تَسْلِيمِ الْعَيْنِ ، وَكَانَتْ الْإِجَارَةُ عَلَى عَمَلٍ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : إِذَا مَضَتْ مُدَّةُ يُمَكِّنُ

(٥١) فِي الْأَصْلِ : « شَرَطَ » .

(٥٢) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « كَمَا لَوْ » .

(٥٣) فِي الْأَصْلِ : « فِي الْأَجِيرِ » .

الاستيفاء فيها ، استقرَّ عليه الأجر . وبهذا قال الشافعي ؛ لأنَّ المنافع تَلَفَتْ باختياره . وقال أبو حنيفة : لا أجر عليه . وهو أصحُّ عندى ؛ لأنَّه عقْدٌ على ما فى الذمَّة ، فلم يَسْتَقِرَّ عَوْضُهُ بِبَدْلِ التَّسْلِيمِ ، كالمُسْلَمِ فيه ، ولأنَّه عقْدٌ على مَنَفْعَةٍ غير مَوْقُوتَةٍ بِرَمَنٍ ، فلم يَسْتَقِرَّ عَوْضُهَا بِالْبَدْلِ ، كالصَّدَاقِ إِذَا بَدَلْتَ تَسْلِيمَ نَفْسِهَا وَامْتَنَعَ الزَّوْجُ مِنْ أَخْذِهَا . وإن كان هذا فى إِجَارَةِ فَاسِدَةٍ ، ففيما إِذَا عَرَضَهَا عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ فَلَمْ يَأْخُذْهَا لَا أَجَرَ عَلَيْهِ ؛ لأنَّها لم تُتَلَفْ تَحْتَ يَدِهِ ، وَلَا فى مِلْكِهِ . وَإِنْ قَبَضَهَا ، وَمَضَتْ الْمُدَّةُ ، أَوْ مُدَّةٌ يُمَكِّنُ^(٥٤) اسْتِيفَاءُ الْمَنَفْعَةِ فِيهَا أَوْ لَا يُمَكِّنُ ، فَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، عَلَيْهِ أَجْرُ الْمِثْلِ لِمُدَّةٍ بَقَائِهَا فى يَدِهِ ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَلَفَتْ تَحْتَ يَدِهِ بِعَوْضِهِ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ ، فَرَجَعَ إِلَى قِيَمَتِهَا ، كَمَا لَوْ اسْتَوْفَاهَا . وَالثَّانِيَةُ ، لَا شَيْءَ لَهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ فَاسِدٌ عَلَى مَنَافِعٍ لَمْ يَسْتَوْفِهَا ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ عَوْضُهَا ، كَالْتَّكَاحِ الْفَاسِدِ ، وَإِنْ اسْتَوْفَى الْمَنَفْعَةَ فى الْعَقْدِ الْفَاسِدِ ، فَعَلَيْهِ أَجْرُ الْمِثْلِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجِبُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ، مِنَ الْمُسَمًّى أَوْ أَجْرُ الْمِثْلِ ، بِنَاءً مِنْهُ عَلَى أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تُضْمَنُ إِلَّا بِالْعَقْدِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا ضَمِنَ بِالْمُسَمًّى فى الْعَقْدِ / الصَّحِيحِ ، وَجَبَ ضَمَانُهُ بِجَمِيعِ الْقِيَمَةِ فى الْفَاسِدِ ، كَالْأَعْيَانِ . وَمَا ذَكَرَهُ لَا نُسَلِّمُهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

و ٨٥/٥

٨٩٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا وَقَعَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى كُلِّ شَهْرٍ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ ، لَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَسْخُ ، إِلَّا عِنْدَ تَقْضَى كُلِّ شَهْرٍ)

وجملة ذلك أنه إذا قال : أَجْرُكَ هَذَا كُلَّ شَهْرٍ بِذَرَاهِمٍ . فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا ، فَذَهَبَ الْقَاضِي إِلَى أَنَّ الْإِجَارَةَ صَحِيحَةٌ . وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، فى رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، وَاخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ ، إِلَّا أَنَّ الشَّهْرَ الْأَوَّلَ لَلزَّمِ الْإِجَارَةَ فِيهِ بِإِطْلَاقِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ يَلِى الْعَقْدَ ، وَلَهُ أَجْرٌ مَعْلُومٌ ، وَمَا بَعْدَهُ مِنَ الشُّهُورِ يَلْزَمُ الْعَقْدَ فِيهِ بِالتَّلبُّسِ

(٥٤) سقط من : الأصل .

به^(١) ، وهو السُّكْنَى في الدَّارِ إِنْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ عَلَى دَارٍ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ حَالُ الْعَقْدِ ، فَإِذَا تَلَبَّسَ بِهِ ، تَعَيَّنَ بِالذُّخُولِ فِيهِ ، فَصَحَّ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، وَإِنْ لَمْ يَتَلَبَّسْ بِهِ ، أَوْ فَسَخَ الْعَقْدَ عِنْدَ انْقِضَاءِ الْأَوَّلِ ، انْفَسَخَ . وَكَذَلِكَ حُكْمُ كُلِّ شَهْرٍ يَأْتِي^(٢) . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ نَحْوُ هَذَا ، إِلَّا أَنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَكُونُ لَازِمَةً عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ مُتَقَدِّرَةٌ بِتَقْدِيرِ الْأَجْرِ ، فَلَا يَخْتِاجُ إِلَى ذِكْرِ الْمُدَّةِ إِلَّا فِي اللَّزُومِ . وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ جَعْفَرٍ ، وَأَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ ، أَنَّ الْعَقْدَ بَاطِلٌ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالصَّحِيحُ مِنْ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ اسْمٍ لِلْعَدَدِ ، فَإِذَا لَمْ يُقَدَّرْ كَانَ مَبْهُمًا^(٣) مَجْهُولًا ، فَيَكُونُ فَاسِدًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَجْرُكَ مُدَّةٌ أَوْ شَهْرًا^(٤) . وَحَمَلَ أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ حَامِدٍ كَلَامَ أَحْمَدَ فِي هَذَا عَلَى أَنَّ الْإِجَارَةَ وَقَعَتْ عَلَى أَشْهُرٍ^(٥) مُعَيَّنَةٍ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، اسْتَقَى لِرَجُلٍ مِنَ الْيَهُودِ كُلَّ ذَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، وَجَاءَ بِهِ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَأَكَلَ^(٦) مِنْهُ . قَالَ عَلِيٌّ : كُنْتُ أَذْلُو الذَّلْوَ بِتَمْرَةٍ وَأَشْتَرِطُهَا جَلْدَةً . وَعَنْ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ أَنَّهُ قَالَ لِيَهُودِيٍّ : أَسْقَى نَحْلَكَ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، كُلُّ ذَلْوٍ بِتَمْرَةٍ . وَأَشْتَرِطَ الْأَنْصَارِيُّ أَنْ لَا يَأْخُذَهَا خَلْدَةٌ^(٧) وَلَا تَارِزَةٌ^(٨) وَلَا حَشَفَةٌ^(٩) ، وَلَا يَأْخُذُ إِلَّا جَلْدَةً . فَاسْتَقَى بِنَحْوٍ مِنْ صَاعَيْنِ ، فَجَاءَ بِهِ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ . رَوَاهُمَا ابْنُ مَاجَةَ فِي « سُنَنِهِ »^(١٠) . وَهُوَ يُظَيِّرُ مَسْأَلَتَنَا . وَلِأَنَّ شُرُوعَهُ فِي كُلِّ شَهْرٍ ، مَعَ مَا تَقَدَّمَ فِي الْعَقْدِ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « أَتَى » .

(٣) في الأصل : « فِيهَا » .

(٤) في الأصل : « أَشْهُرًا » .

(٥) في الأصل زيادة : « مَعْلُومَةٌ » .

(٦) في ب ، م ، « يَأْكُلُ » .

(٧) الخلدرة : التي تقع من النخل قبل نضجها .

(٨) التارزة : اليابسة .

(٩) الحشف : أردأ التمر .

(١٠) الأول تقدم تخريجه في : ٢٠٨/٦ .

والثاني أخرجه ابن ماجه ، في : باب الرجل يستقي كل دلو بتمرة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه

من الاتفاق على تقدير أجره ، والرضى ببذله به ، جرى مجرى ابتداء العقد عليه ، وصار كالبيع بالمعاطاة ، إذا جرى من المساومة ما دلّ على التراضي بها . فعلى هذا ، متى ترك التلبس به في شهر ، لم تثبت الإجارة فيه ؛ لعدم العقد . وإن فسخ ، فكذلك ، وليس بفسخ في الحقيقة / ؛ لأن العقد في الشهر الثاني ما ثبت ^(١١) . فأما أبو حنيفة ، فذهب إلى أنهما إذا تلبسا بالشهر الثاني ، فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد . وهو عذر غير صحيح ؛ لأن العقد الفاسد في الأعيان لا يلزم بالقبض ، ولا يضمن بالمسمى ، ثم لم يحصل القبض ههنا إلا فيما استوفاه . وقول مالك لا يصح ؛ لأن الإجارة من العقود اللازمة ، فلا يجوز أن تكون جائزة .

فصل : إذا قال : أجرتك دارى عشرين شهرا ، كل شهر بدرهم . جاز ، غير خلاف تعلمه ؛ لأن المدة معلومة ، وأجرها معلوم ، وليس لواحد منهما فسخ بحال ؛ لأنها مدة واحدة ، فأشبهه ما لو قال : أجرتك عشرين شهرا ، بعشرين درهما . وإن قال : أجرتكها شهرا بدرهم ، وما زاد في حساب ذلك . صح في الشهر الأول ، لأنه أفرد به بالعقد ، وبطل في الزائد ؛ لأنه مجهول . ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به ، كما لو قال : أجرتكها كل شهر بدرهم . ^(١٢) لأن معناه واحدا . ولو قال : أجرتكها هذا الشهر بدرهم ^(١٣) . وكل شهر بعد ذلك بدرهم . أو قال : بدرهمين . صح في الأول ، وفيما بعده وجهان .

فصل : والإجارة عقد لازم من الطرفين ، ليس لواحد منهما فسخها . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ وذلك لأنها عقد معاوضة ، فكان لازما ، كالبيع ، ولأنها نوع من البيع ، وإنما اختصت باسم كما اختص الصرف والسلام باسم ، وسواء كان له عذر أو لم يكن . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور .

(١١) في الأصل : « ثبت » .

(١٢ - ١٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : يَجُوزُ لِلْمُكْتَرِي فَسْخُهَا لِعُذْرٍ فِي نَفْسِهِ ، مثل أن يَكْتَرِيَ جَمَلًا لِيُحْجَّ عَلَيْهِ ، فَيَمْرُضَ ، فَلَا يَتِمَّ كُنُ مِنَ الْخُرُوجِ ، أَوْ تَضْيَعُ نَفَقَتَهُ ، أَوْ يَكْتَرِيَ دُكَّانًا لِلْبَزِّ ، فَيَحْتَرِقَ مَتَاعُهُ ، وَمَا أَشْبَهَ هَذَا ؛ لِأَنَّ الْعُذْرَ يَتَعَدَّرُ مَعَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا ، فَمَلَّكَ بِهِ الْفَسْخَ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا فَبَقِيَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَجُوزُ فَسْخُهَا ^(١٣) مَعَ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا ^(١٤) لِغَيْرِ عُذْرٍ ، فَلَمْ يَجْزُ لِعُذْرٍ فِي غَيْرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ جَازَ فَسْخُهَا لِعُذْرٍ لِلْمُكْتَرِي ، لَجَازَ لِعُذْرٍ الْمُكْرَى ، تَسْوِيَةً بَيْنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ . وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ كُلِّ ^(١٥) وَاحِدٍ مِنَ الْعَاقِلَيْنِ ، وَلَمْ يَجْزِ ثَمَّ ، فَلَا يَجُوزُ هُنَا ، وَيُفَارِقُ الْإِبَاقَ ، فَإِنَّهُ عُذْرٌ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ .

٨٩٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَقَارًا مُدَّةً بِعَيْنِهَا ، قَبْدًا لَهُ قَبْلَ تَقْضِيهَا ، فَقَدْ لَزِمَتْهُ الْأُجْرَةُ كَامِلَةً ^(١))

وجملته أن الإجارة عقد لازم ، يفتضى تملك المؤجر الأجر ، والمستأجر المنافع ، فإذا فسَخَ المُسْتَأْجِرُ / الإجارة قبل انقضاء مدتها ، وترك الانتفاع اختياراً منه ، لم تنفسخ الإجارة ، والأجر لازم له ، ولم يزل ملكه عن المنافع ، كما لو اشترى شيئاً وقبضه ثم تركه . قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : رجل أكرى بغيراً ، فلما قدم المدينة ، قال له : فاسخيني . قال : ليس ذلك له ، قد لزمه الكراء . قلت : فإن مرض المستكرى بالمدينة ؟ فلم يجعل له فسخاً ؛ وذلك لأنه عقد لازم من ^(٢) الطرفين ، فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه . وإن فسخه ، لم يسقط العوض الواجب عليه ، كالبيع .

فصل : ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة إجارة العقار ، قال ابن المنذر : أجمع

(١٣ - ١٣) سقط من : الأصل ، ب .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢) في م : بين .

كُلٌّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنْ اسْتِجَارَ الْمَنَازِلَ وَالذُّوَابَ جَائِزٌ . وَلَا تَجُوزُ
إِجَارَتُهَا إِلَّا فِي مُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ مَعْلُومَةٍ ، وَلَا بَدَلٍ مِنْ مُشَاهَدَتِهِ وَتَحْدِيدِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا
إِلَّا بِذَلِكَ ، وَلَا يَجُوزُ إِطْلَاقُهُ ، وَلَا وَصْفُهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : إِذَا
ضُبِّطَ بِالصَّفَةِ ، أَجْزَأُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَهُ خِيَارُ الرُّوْيَةِ ، كَقَوْلِهِمْ فِي الْبَيْعِ .
وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُ ذَلِكَ بِنَاءً عَلَى الْبَيْعِ ، وَالْخِلَافُ هُنَا مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْبَيْعِ ،
وَلَمْ يَكْتَفِ بِالصَّفَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا إِلَّا^(٣) بِالرُّوْيَةِ ، كَمَا لَا يُعْلَمُ فِي الْبَيْعِ إِلَّا
بِذَلِكَ . فَإِنْ كَانَ دَارًا أَوْ حَمَامًا ، احتَاجَ إِلَى مُشَاهَدَةِ الْبُيُوتِ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ يَخْتَلِفُ
بِصِغَرِهَا وَكِبَرِهَا وَمَرَافِقِهَا ، وَمُشَاهَدَةِ قَدْرِ الْحَمَامِ لِيَعْلَمَ كِبَرَهَا مِنْ صِغَرِهَا ، وَمَعْرِفَةَ
مَاءِ الْحَمَامِ إِمَّا مِنْ قَنَاقَةٍ أَوْ مِنْ^(٤) بَيْتٍ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ بَيْتٍ احتَاجَ إِلَى مُشَاهَدَتِهَا ؛ لِيَعْلَمَ
عُمُقَهَا وَمُؤَنَةَ اسْتِسْقَاءِ الْمَاءِ مِنْهَا ، وَمُشَاهَدَةِ الْأَثُونِ ، وَمُطَرِّحِ الرَّمَادِ ، وَمَوْضِعِ
الرُّبْلِ ، وَمَصْرِفِ مَاءِ الْحَمَامِ ، فَمَتَى أَحَلَّ بِهَذَا أَوْ بَعْضِهِ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِلْجَهَالَةِ بِمَا
يَخْتَلِفُ الْعَرَضُ بِهِ .

فصل : وَكَرِهَ أَحْمَدُ كِرَاءَ الْحَمَامِ . وَسُئِلَ عَنْ كِرَائِهِ ، فَقَالَ : أَخَشَى . فَقِيلَ لَهُ :
إِذَا اشْتَرَطَ عَلَى الْمُكْتَرِي أَنْ لَا يَدْخُلَهُ أَحَدٌ بغيرِ إِزَارٍ . فَقَالَ : وَمَنْ يَضْبِطُ هَذَا ؟ وَكَأَنَّهُ
لَمْ يُعْجِبْهُ . قَالَ ابْنُ حَامِدٍ : هَذَا عَلَى طَرِيقِ الْكَرَاهَةِ تَنْزِيهًا لَا تَحْرِيمًا ؛ لِأَنَّهُ تَبَدُّو فِيهِ
عَوْرَاتُ النَّاسِ ، فَتَحْصُلُ الْإِجَارَةُ عَلَى فِعْلٍ مَحْظُورٍ ، فَكَرِهَهُ لِذَلِكَ ، فَأَمَّا الْعَقْدُ
فَصَحِيحٌ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّبِ : أَجْمَعَ كُلٌّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ
مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّ كِرَاءَ الْحَمَامِ جَائِزٌ ، إِذَا حَدَّدَهُ ، وَذَكَرَ جَمِيعَ آلِيهِ ، شُهُورًا
مُسَمَّاةً . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْمُكْتَرِيَّ
إِنَّمَا يَأْخُذُ الْأَجَرَ عَوَضًا عَنْ دُخُولِ الْحَمَامِ وَالْاِغْتِسَالِ بِمَائِهِ ، وَأَحْوَالِ الْمُسْلِمِينَ

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : ب ، م .

مَحْمُولَةٌ عَلَى السَّلَامَةِ ، وَإِنْ وَقَعَ مِنْ بَعْضِهِمْ فِعْلٌ مَا لَا يَجُوزُ ، لَمْ يَحْرُمْ الْأَجْرُ الْمَأْخُودُ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ اكْتَرَى دَارًا لَيْسَ كُنْهَافَا ، فَشَرِبَ فِيهَا خَمْرًا .

٨٩٤ - مَسْأَلَةٌ : (وَلَا يَتَصَرَّفُ مَالُكَ الْعَقَارِ فِيهِ إِلَّا عِنْدَ تَقْضَى الْمُدَّةِ)

وَجَمَلْتُهُ أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ يَمْلِكُ الْمَنَافِعَ بِالْعَقْدِ ، كَمَا يَمْلِكُ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِالْبَيْعِ ، وَيُزَوِّلُ مِلْكُ الْمُؤْجِرِ عَنْهَا ، كَمَا يُزَوِّلُ مِلْكُ الْبَائِعِ عَنِ الْمَبِيعِ ، (١) فَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مَمْلُوكَةً لْغَيْرِهِ ، كَمَا لَا يَمْلِكُ الْبَائِعُ التَّصَرُّفُ فِي الْمَبِيعِ (٢) ، فَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهَا نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي حَالِ بَدَا لِلْمُسْتَأْجِرِ (٣) قَبْلَ تَقْضَى الْمُدَّةِ مِثْلَ أَنْ يَكْتَرَى دَارًا سَنَةً فَيَسْكُنُهَا شَهْرًا وَيَتْرُكُهَا ، فَيَسْكُنُهَا الْمَالِكُ بَقِيَّةَ السَّنَةِ ، أَوْ يُؤْجِرُهَا لْغَيْرِهِ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَنْفَسِخَ الْعَقْدُ فِيمَا اسْتَوْفَاهُ الْمَالِكُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ (٤) فِيهِ قَبْلَ قَبْضِ الْمُكْتَرَى لَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَ الْمَكِيلُ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ ، وَسَلَّمْ بَاقِيَهُ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ تَصَرَّفَ الْمَالِكُ فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ دُونَ بَعْضٍ ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ فِي قَدَرِ مَا تَصَرَّفَ فِيهِ دُونَ مَا لَمْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ ، وَيَكُونُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ مَا بَقِيَ ، فَلَوْ سَكَنَ الْمُسْتَأْجِرُ شَهْرًا ، وَتَرَكَهَا شَهْرًا ، وَسَكَنَ الْمَالِكُ عَشْرَةَ أَشْهُرٍ ، لَزِمَ الْمُسْتَأْجِرُ أَجْرَ شَهْرَيْنِ . وَإِنْ سَكَنَهَا شَهْرًا ، وَسَكَنَ الْمَالِكُ شَهْرَيْنِ ، ثُمَّ تَرَكَهَا ، فَعَلَى الْمُسْتَأْجِرِ أَجْرُ عَشْرَةِ أَشْهُرٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَ الْمُسْتَأْجِرُ أَجْرَ جَمِيعِ الْمُدَّةِ ، وَلَهُ عَلَى الْمَالِكِ أَجْرُ الْمِثْلِ لِمَا سَكَنَ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ بِقِسْطٍ (٥) ذَلِكَ مِمَّا عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ مِنَ الْأَجْرِ ، وَيَلْزَمُهُ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِيمَا مَلَكَهُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَصَرَّفَ فِي الْمَبِيعِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُشْتَرَى لَهُ ، وَقَبْضُ الدَّارِ هُنَا قَامَ مَقَامَ قَبْضِ الْمَنَافِعِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي الْمَنَافِعِ بِالسُّكْنَى وَالْإِجَارَةِ وَغَيْرِهَا . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ كَانَ أَجْرُ الْمِثْلِ الْوَاجِبُ عَلَى

(١ - ١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « الْمُسْتَأْجِرُ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « تَصَرَّفَ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « يَقْسُطُ » .

المَالِكُ بِقَدْرِ الْمُسَمَّى فِي الْعَقْدِ ، لَمْ يَجِبْ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ شَيْءٌ ، وَإِنْ فَضَلَتْ مِنْهُ فَضْلَةٌ ، لَزِمَ الْمَالِكُ أَدَاؤُهَا إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، وَالْأَوَّلُ أَوَّلَى ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَإِنْ تَصَرَّفَ الْمَالِكُ قَبْلَ تَسْلِيمِ^(٥) الْعَيْنِ ، أَوْ امْتَنَعَ مِنْ تَسْلِيمِهَا حَتَّى انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْعَاقِدَ قَدْ^(٦) أَتْلَفَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ ، فَانْفَسَخَ الْعَقْدُ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ طَعَامًا فَأَتْلَفَهُ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ . وَإِنْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ / ، انْفَسَخَتْ فِيمَا مَضَى ، وَيَجِبُ أَجْرُ الْبَاقِي بِالْحِصَّةِ ، كَالْمَبِيعِ إِذَا سَلَّمَ بَعْضَهُ وَأَتْلَفَ بَعْضًا .

٨٩٥ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ حَوَّلَهُ الْمَالِكُ قَبْلَ تَقْضِي الْمُدَّةِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَجْرٌ^(١) لِمَا سَكَنَ)

يَعْنِي إِذَا اسْتَأْجَرَ عَقَارًا مُدَّةً ، فَسَكَنَهُ بَعْضَ الْمُدَّةِ ، ثُمَّ أَخْرَجَهُ الْمَالِكُ ، وَمَنَعَهُ تَمَامَ السُّكْنَى ، فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الْأَجْرِ . وَقَالَ أَكْثَرُ الْفُقَهَاءِ : لَهُ أَجْرُ مَا سَكَنَ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مِلْكًا غَيْرَهُ عَلَى سَبِيلِ الْمَعَاوَضَةِ ، فَلَزِمَهُ عِوَضُهُ كَالْمَبِيعِ إِذَا اسْتَوْفَى بَعْضَهُ ، وَمَنَعَهُ الْمَالِكُ بَقِيَّتَهُ ، وَكَأَنَّ^(٢) لَوْ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْبَاقِي لِأَمْرِ غَالِبٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يُسَلَّمْ إِلَيْهِ مَا عَقَدَ الْإِجَارَةَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقِّ شَيْئًا ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْمِلَ لَهُ^(٣) كِتَابًا^(٤) إِلَى مَوْضِعٍ^(٥) ، فَحَمَلَهُ بَعْضَ الطَّرِيقِ ، أَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْفِرَ لَهُ عِشْرِينَ ذِرَاعًا . فَحَفَرَ لَهُ عَشْرًا ، وَامْتَنَعَ مِنْ حَفْرِ الْبَاقِي . وَقِيَاسُ الْإِجَارَةِ عَلَى الْإِجَارَةِ أَوَّلَى مِنْ قِيَاسِهَا عَلَى الْبَيْعِ . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا امْتَنَعَ لِأَمْرِ غَالِبٍ ؛ لِأَنَّ لَهُ عُذْرًا . وَالْحُكْمُ فِي مَنْ اكْتَرَى دَابَّةً ، فَامْتَنَعَ الْمُكْرَى مِنْ

(٥) فِي ب ، م : « تَسَلَّمَ » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « أَجْرُهُ » .

(٢) فِي ب ، م : « كَأَنَّ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : ب ، م :

(٤ - ٥) سَقَطَ مِنْ : م .

تَسْلِيمِهَا فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ ، أَوْ أَجَرَ نَفْسِهِ أَوْ عَبْدَهُ لِلْخِدْمَةِ مُدَّةً ، وَامْتَنَعَ مِنْ إِثْمَانِهَا ، أَوْ أَجَرَ نَفْسَهُ لِإِنِّاءِ حَائِطٍ ، أَوْ خِيَاطَةٍ ، أَوْ حَفْرِ بَيْتٍ ، أَوْ حَمَلِ شَيْءٍ إِلَى مَكَانٍ ، وَامْتَنَعَ مِنْ إِثْمَانِ الْعَمَلِ ، كَالْحُكْمِ فِي الْعَقَارِ يَمْتَنِعُ مِنْ تَسْلِيمِهِ ، وَأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : إِذَا هَرَبَ الْأَجِيرُ ، أَوْ شَرَدَتِ الذَّابَّةُ ، أَوْ أَخَذَ الْمُؤْجِرُ الْعَيْنَ وَهَرَبَ بِهَا ، أَوْ مَنَعَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ مِنْهَا مِنْ غَيْرِ هَرَبٍ ، لَمْ تَنْفَسِخِ الْإِجَارَةُ ، لَكِنْ يَثْبُتُ لِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارُ الْفَسْخِ ؛ فَإِنْ فَسَخَ ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ لَمْ يَفْسَخْ ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ ^(٥) بِمَضِيِّ الْمُدَّةِ يَوْمًا فَيَوْمًا . فَإِنْ عَادَتِ الْعَيْنُ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، اسْتَوْفَى مَا بَقِيَ مِنْهَا . فَإِنْ انْقَضَتِ الْمُدَّةُ ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ ؛ لِفَوَاتِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى مَوْصُوفٍ فِي الذَّمَّةِ ، كَخِيَاطَةِ نَوْبٍ ، أَوْ بِنَاءِ حَائِطٍ ، أَوْ حَمَلٍ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ، اسْتُؤْجِرَ مِنْ مَالِهِ مَنْ يَعْمَلُهُ ، كَمَا لَوْ أَسْلَمَ إِلَيْهِ فِي شَيْءٍ فَهَرَبَ ، اتَّبَعَ مِنْ مَالِهِ . فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ ، ثَبَتَ لِلْمُسْتَأْجِرِ الْفَسْخُ . فَإِنْ فَسَخَ ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ لَمْ يَفْسَخْ ، وَصَبَرَ إِلَى أَنْ يَقْدِرَ عَلَيْهِ ، فَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِالْعَمَلِ ؛ لِأَنَّ مَا فِي الذَّمَّةِ لَا يَفُوتُ بِهَرَبِهِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ امْتَنَعَ الْأَجِيرُ مِنَ الْعَمَلِ فِيهِ ، أَوْ مَنَعَ الْمُؤْجِرُ الْمُسْتَأْجِرَ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ ، إِذَا كَانَ بَعْدَ عَمَلِ الْبَعْضِ ، فَلَا أَجْرَ لَهُ فِيهِ ، عَلَى مَا سَبَقَ ، إِلَّا أَنْ يَرُدَّ الْعَيْنَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، أَوْ يَتِمَّ الْعَمَلُ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى مُدَّةٍ قَبْلَ فَسْخِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَيَكُونُ لَهُ أَجْرٌ مَا عَمِلَ . فَأَمَّا / إِنْ شَرَدَتِ الذَّابَّةُ ، أَوْ تَعَدَّرَ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِ فِعْلِ الْمُؤْجِرِ ، فَلَهُ مِنَ الْأَجْرِ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى بِكُلِّ حَالٍ .

٨٧/٥ ظ

٨٩٦ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (فَإِنْ جَاءَ أَمْرٌ غَالِبٌ ، يَخْرِجُ الْمُسْتَأْجِرَ عَنْ مَنْفَعَةِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، لَزِمَهُ مِنَ الْأَجْرِ بِمِقْدَارِ مُدَّةِ الْإِنْتِفَاعِ)

^(١) وَجَمَلْتُهُ أَنَّ مَنْ اسْتَأْجَرَ عَيْنًا مُدَّةً ، فَحِيلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا ، لَمْ يَحُلْ مِنْ أَقْسَامٍ ثَلَاثَةٍ :

أَحَدُهَا ، أَنْ تَتَلَفَ الْعَيْنُ ^(٢) ، كَذَابَةِ تَنْفُقُ ، أَوْ عَبْدٍ يَمُوتُ ، فَذَلِكَ عَلَى ثَلَاثَةِ

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب .

(١ - ١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

أَضْرَبَ : أحدها ، أن تُلَفَّ قَبْلَ قَبْضِهَا ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ تَنْفَسِيخُ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛
لأنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ تُلَفَّ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تُلَفَّ الطَّعَامُ الْمَبِيعُ قَبْلَ قَبْضِهِ . والثاني ،
أن تُلَفَّ عَقِيبَ قَبْضِهَا ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ تَنْفَسِيخُ أَيْضًا ، وَيَسْقُطُ الْأَجْرُ فِي قَوْلِ عَامَّةِ
الْفُقَهَاءِ ، إِلَّا أَبَانُورَ حُكِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : يَسْتَقِرُّ الْأَجْرُ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ تُلَفَّ (١) بَعْدَ
قَبْضِهِ ، أَشْبَهَ الْمَبِيعَ . وَهَذَا غَلَطٌ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمَنَافِعُ ، وَقَبْضُهَا بِاسْتِيفَائِهَا ،
أَوْ التَّمَكُّنِ مِنْ اسْتِيفَائِهَا ، وَلَمْ يَحْصُلْ ذَلِكَ ، فَأَشْبَهَ تُلَفَّهَا قَبْلَ قَبْضِ الْعَيْنِ . الثالث ،
أن تُلَفَّ بَعْدَ مَضْيِ شَيْءٍ مِنَ الْمُدَّةِ ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ تَنْفَسِيخُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ دُونَ مَا
مَضَى ، وَيَكُونُ لِلْمُؤَجَّرِ مِنَ الْأَجْرِ بِقَدَرِ مَا اسْتَوْفَى مِنَ الْمَنْفَعَةِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةٍ
لِإِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ : إِذَا اكْتَرَى بَعِيرًا بَعَيْنَهُ ، فَتَفَقَّ الْبَعِيرُ ، يُعْطِيهِ بِحِسَابِ مَا رَكِبَ .
وَذَلِكَ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمَنَافِعُ ، وَقَدْ تُلَفَّ بَعْضُهَا قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَبَطَلَ الْعَقْدُ
فِيمَا تُلَفَّ دُونَ مَا قُبِضَ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى صَبْرَتَيْنِ ، فَقَبِضَ إِحْدَاهُمَا ، وَتُلَفَّتِ الْأُخْرَى
قَبْلَ قَبْضِهَا ، ثُمَّ نَظَرُ ؛ فَإِنْ كَانَ أَجْرُ الْمُدَّةِ مُتَسَاوِيًا ، فَعَلِيهِ بِقَدَرِ مَا مَضَى ، إِنْ كَانَ
قَدْ مَضَى النِّصْفُ ، فَعَلِيهِ نِصْفُ الْأَجْرِ ، وَإِنْ كَانَ (٢) قَدْ مَضَى (٣) الثُّلُثُ ، فَعَلِيهِ
الثُّلُثُ ، كَمَا يُقَسَّمُ الثَّمَنُ عَلَى الْمَبِيعِ الْمُتَسَاوِي . وَإِنْ كَانَ مُخْتَلِفًا ، كَذَارٍ أَجْرُهَا فِي
الشَّتَاءِ أَكْثَرُ مِنْ أَجْرِهَا (٤) فِي الصَّيْفِ ، وَأَرْضٍ أَجْرُهَا فِي الصَّيْفِ أَكْثَرُ مِنَ الشَّتَاءِ ، أَوْ
دَارٍ لَهَا مَوْسِمٌ ، كَذَوْرِ مَكَّةَ ، رُجِعَ فِي تَقْوِيمِهِ إِلَى أَهْلِ الْخَبْرَةِ ، وَيُقَسَّطُ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى
عَلَى حَسَبِ قِيَمَةِ الْمَنْفَعَةِ ، (٥) كَقِسْمَةِ الثَّمَنِ (٦) عَلَى الْأَعْيَانِ الْمُخْتَلِفَةِ فِي الْبَيْعِ (٧) .
وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْأَجْرُ عَلَى قِطْعٍ مَسَافَةٍ ، كَبَيْعِ اسْتَأْجَرِهِ عَلَى حَمَلِ شَيْءٍ إِلَى مَكَانٍ
مُعَيَّنٍ ، وَكَانَتْ مُتَسَاوِيَةً الْأَجْزَاءُ أَوْ مُخْتَلِفَةً . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ .

(٢) فِي م : « تُلَفَّ » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٥ - ٥) فِي ب : « كَقِيَمَةِ الْأَثْمَانِ » .

(٦) فِي الْأَصْلُ : « الْمَبِيعِ » .

فصل : القسم الثاني ، أن يحدث على العين ما يمنع نفعها ، كدَارٍ انهدمت ، وأَرْضٍ غرقت ، أو انقطع ماؤها ، فهذه يُنظر فيها ؛ فإن لم يبق فيها نفع أصلاً ، فهي كالتأليفِ سواءً ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له ، مثل أن يُمكن الانتفاع بعَرَصَةِ الدَّارِ والأَرْضِ / لِوَضْعِ حَطَبٍ فيها ، أو نَصَبِ خِيْمَةٍ في الأَرْضِ التي استأجرها لِلزَّرْعِ ، أو صَيِّدِ السَّمَكِ مِنَ الأَرْضِ التي غرقت ، انفسخت الإجارة أيضاً ؛ لأنَّ المنفعة التي وقَّع عليها العقد تلفت ، فانفسخت الإجارة ، كالمواستأجر دابةً ليركبها ، فزمنت بحيث لا تصلح إلا لتدور في الرُّحَى . وقال القاضي ، في الأَرْضِ التي ينقطع ماؤها : لا تنفسخ الإجارة فيها . وهو منصوصُ الشافعي ؛ لأنَّ المنفعة لم تبطل جملةً ؛ لأنه يُمكن الانتفاع بعَرَصَةِ الأَرْضِ بنصب خيمة ، أو جمع حطبٍ فيها ، فأشبه ما لو نقص نفعها مع بقاءه . فعلى هذا يُخَيَّرُ المُستأجر بين الفسخ والإمضاء ؛ فإن فسخ ، فحكمه حكمُ العبد إذا مات ، وإن اختار إمضاء العقد ، فعليه جميعُ الأجر ؛ لأنَّ ذلك عيبٌ ، فإذا رضى به ، سقط حكمه . فإن لم يختر الفسخ ولا الإمضاء ، إمَّا لجهله بأنَّ له الفسخ ، أو لغير ذلك ، فله الفسخ بعد ذلك . والأوَّلُ أصحُّ ؛ لأنَّ بقاء غير^(٧) المَعْقُودِ عليه لا يمنع انفساخَ العقد بتلفِ المَعْقُودِ عليه ، كما^(٨) في البيع . ولو كان النفع الباقي في الأعيان^(٩) ممَّا لا يباح استيفاءُه بالعقد ، كدابةٍ استأجرها للركوب فصارَتْ لا تصلح^(١٠) إلا للحمل ، أو بالعكس ، انفسخ العقد . وجهاً واحداً ؛ لأنَّ المنفعةَ الباقية لا يملك استيفاءُها مع سلامتها ، فلا يملكها مع تعيُّبها ، كبيعها . وأمَّا إن أمكن الانتفاع بالعين فيما أكثرها له ، على نعتٍ من القصور ، مثل أن يُمكنه زرعُ الأَرْضِ بغير ماءٍ ، أو كان الماءُ ينحسرُ عن الأَرْضِ التي غرقت على وجه^(١١) يمنع بعضَ الزَّراعةِ أو يسوء^(١٢) الزَّرْعَ ، أو كان يُمكنه سكْنَى ساحةِ الدَّارِ ، إمَّا في خيمةٍ أو

(٧) في الأصل : « عين » .

(٨) في الأصل : « كالأعيان » .

(٩) في الأصل : « العين » .

(١٠) في الأصل : « تنفع » .

(١١ - ١٢) في الأصل : « يمنع بعض المزارعة أو يسق » .

غيرها ، لم تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا لَمْ تُزَلْ بِالْكُلِّيَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَا^(١٢) لَوْ تَعَيَّيْتُ ، وَلِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارُ الْفَسْخِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، إِلَّا فِي الدَّارِ إِذَا انْهَدَمَتْ ، فَإِنَّ فِيهَا وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدَهُمَا ، لَا تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ . وَالثَّانِي ، تَنْفَسِخُ ؛ لِأَنَّهُ زَالَ اسْمُهَا بِهَذِمِهَا ، وَذَهَبَتِ الْمَنْفَعَةُ الَّتِي تُقْصَدُ مِنْهَا ، وَلِذَلِكَ لَا يَسْتَأْجِرُ أَحَدٌ عَرَصَةَ دَارٍ لَيْسَ كُنْهَافُهَا . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْحَادِثُ فِي الْعَيْنِ لَا يَضُرُّهَا ، كَعَرَقِ الْأَرْضِ بِمَاءٍ يَنْحَسِرُ فِي قُرْبِ^(١٣) الزَّمَانِ ، لَا يَمْنَعُ الزَّرْعَ ، وَلَا يَضُرُّهُ ، وَانْقِطَاعِ الْمَاءِ عَنْهَا إِذَا سَاقَ الْمُؤْجِرُ إِلَيْهَا مَاءً^(١٤) مِنْ مَكَانٍ آخَرَ ، أَوْ كَانَ انْقِطَاعُهُ فِي زَمَنٍ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِيهِ ، فَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِعَيْبٍ . وَإِنْ حَدَثَ الْعَرَقُ الْمُضِرُّ ، أَوْ انْقِطَاعُ الْمَاءِ ،^(١٥) أَوْ انْهَدَمَ بَعْضُ^(١٦) الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ / فَلِذَلِكَ الْبَعْضُ حُكْمُ نَفْسِهِ فِي الْفَسْخِ أَوْ ثُبُوتِ الْخِيَارِ ، وَلِلْمُكْتَرِي الْخِيَارُ فِي تَبْقِيَةِ^(١٧) الْعَيْنِ ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ تَبَعَضَتْ عَلَيْهِ . فَإِنْ اخْتَارَ الْإِمْسَاكَ ، أَمْسَكَ بِالْحَصَّةِ مِنَ الْأَجْرِ ، كَمَا إِذَا تَلَفَ أَحَدُ الْقَفِيزَيْنِ مِنَ الطَّعَامِ فِي يَدِ الْبَائِعِ .

٨٨/٥ ظ

فصل : القسم الثالث ، أن تُعَصَّبَ الْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَأْخِيرَ حَقِّهِ ، فَإِنْ فَسَخَ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ انْفَسَخَ^(١٨) الْعَقْدُ بِتَلَفِ الْعَيْنِ ، سَوَاءً ، وَإِنْ لَمْ يَفْسَخْ حَتَّى انْقَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالرُّجُوعِ بِالْمُسَمَّى ، وَبَيْنَ الْبَقَاءِ عَلَى الْعَقْدِ وَمُطَابَقَةِ الْغَاصِبِ بِأَجْرِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ لَمْ يَفْتِ مُطْلَقًا ، بَلْ إِلَى بَدَلٍ ، وَهُوَ الْقِيَمَةُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَتْلَفَ الثَّمَرَةُ الْمَبِيعَةُ آدَمِي قَبْلَ قَطْعِهَا ، وَيَتَخَرَّجُ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ بِكُلِّ حَالٍ ، عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : إِنَّ مَنَافِعَ الْعَصَبِ

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في ب ، م زيادة : « من » .

(١٤ - ١٥) في الأصل : « والهدم ببعض » .

(١٥) في الأصل : « بقية » .

(١٦) في الأصل : « فسخ » .

لَا تُضْمَنُ . وهو قول أصحابِ الرَّأْيِ . ولأصحابِ الشَّافِعِيِّ في ذلك اخْتِلَافٌ . وإن رُدَّتِ^(١٧) الْعَيْنُ في أثناءِ الْمُدَّةِ ، ولم يكن فَسَخٌ ، اسْتَوْفَى مَا بَقِيَ مِنْهَا ، ويكونُ فيما مَضَى مِنَ الْمُدَّةِ مُحْضَرًا ، كما ذَكَرْنَا . وإن كانتِ الْإِجَارَةُ على عَمَلٍ ؛ كخِيَاطَةِ ثَوْبٍ ، أو حَمَلِ شَيْءٍ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ، فَغَضِبَ جَمَلُهُ الَّذِي يَحْمِلُ عَلَيْهِ ، وَعَبْدُهُ الَّذِي يَخِيطُ لَهُ ، لم يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ ، ولِلْمُسْتَأْجِرِ مُطَالَبَةُ الْأَجِيرِ بِعَوَضِ الْمَعْصُوبِ ، وإِقَامَةُ مَنْ يَعْمَلُ الْعَمَلَ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ على مَا في الذِّمَّةِ ، كَالوَجَدِ بِالْمُسْلِمِ فِيهِ عَيْبًا ، فَرَدَّهُ ، فَإِنْ تَعَدَّرَ الْبَدَلُ ، ثَبَتَ لِلْمُسْتَأْجِرِ الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ أَوِ الصَّبْرِ إِلَى أَنْ يَقْدِرَ عَلَى الْعَيْنِ الْمَعْصُوبَةِ ، فَيَسْتَوْفَى مِنْهَا .

فصل : القسم الرابع^(١٨) ، أَنْ يَتَعَدَّرَ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ مِنَ الْعَيْنِ بِفِعْلِ صَدَرَ مِنْهَا ، مثلُ أَنْ يَأْبَقَ الْعَبْدُ ، أَوْ تَشْرُدَ الدَّابَّةُ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَ ذَلِكَ فيما قَبْلَ هَذَا .

فصل : القسم الخامس ، أَنْ يَحْدُثَ خَوْفٌ عَامٌّ ، يَمْنَعُ مِنْ سُكْنَى ذَلِكَ الْمَكَانِ الَّذِي فِيهِ الْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ ، أَوْ تُخْصَرَ الْبَلَدُ ، فَيَمْتَنِعَ الْخُرُوجُ إِلَى الْأَرْضِ الْمُسْتَأْجَرَةِ لِلزَّرْعِ ، ونحو ذلك ، فهذا يَثْبُتُ لِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارُ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ غَالِبٌ مَنَعَ^(١٩) الْمُسْتَأْجِرَ اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ ، فَاثْبُتَ الْخِيَارُ ، كَغَضَبِ الْعَيْنِ . ولو اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا ، أَوْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا إِلَى مَكَانٍ مُعَيَّنٍ ، فَانْقَطَعَتِ الطَّرِيقُ إِلَيْهِ لِخَوْفٍ حَادِثٍ ، أَوْ اكْتَرَى إِلَى مَكَّةَ ، فلم يَحْجُجْ النَّاسُ ذَلِكَ الْعَامَ مِنْ تِلْكَ الطَّرِيقِ ، فلكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُ الْإِجَارَةِ . وَإِنْ أَحَبَّ إِبْقَاءُهَا إِلَى حِينٍ إِمَّا كَانَ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ جَازًا ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ، لَا يَعْدُوهَا . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْخَوْفُ / خَاصًّا بِالْمُسْتَأْجِرِ ، مثلُ أَنْ يَخَافَ وَحْدَهُ لِقُرْبِ أَعْدَائِهِ مِنَ الْمَوْضِعِ الْمُسْتَأْجَرِ ، أَوْ حُلُولِهِمْ فِي طَرِيقِهِ ، لم يَمْلِكِ الْفَسْخَ ؛ لِأَنَّهُ عُدَّرَ

(١٧) في الأصل ، ا ، م : « زادت » .

(١٨) ذكر في أول المسألة أنها ثلاثة أقسام .

(١٩) في م : « يمنع » .

يَحْتَصِرُ بِهِ ، لَا يَمْنَعُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِالْكُلِّيَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَرَضَهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ حُسِّنَ ، أَوْ مَرَضَ ، أَوْ ضَاعَتْ نَفَقَتُهُ ، أَوْ تَلَفَ مَتَاعُهُ ، لَمْ يَمْلِكْ فَسْخَ الْإِجَارَةِ لَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ اسْتِيفَاءَ الْمَنَافِعِ لِمَعْنَى مِنْ جِهَتِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ وَجُوبَ أَجْرِهَا عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ تَرَكَهَا اخْتِيَارًا .

فصل : وإذا اكْتَرَى عَيْنًا ، فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا لَمْ يَكُنْ عَلِمَ بِهِ ، فَلَهُ فَسْخُ الْعَقْدِ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : إِذَا اكْتَرَى ذَاتَةً بِعَيْنِهَا ، فَوَجَدَهَا جَمُوحًا ، أَوْ عَضُوضًا ، أَوْ تَفُورًا ، أَوْ بِهَا عَيْبٌ غَيْرُ ذَلِكَ مِمَّا يُفْسِدُ رُكُوبَهَا ، فَلِلْمُكْتَرِي الْخِيَارَ ، إِنْ شَاءَ رَدُّهَا وَفَسْخَ الْإِجَارَةِ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَلِأَنَّهُ عَيْبٌ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَأُثْبِتَ الْخِيَارَ ، كَالْعَيْبِ فِي ثِيَوِ الْأَعْيَانِ . وَالْعَيْبُ الَّذِي يُرَدُّ بِهِ ، مَا تَنْقُصُ بِهِ قِيَمَةُ^(٢٠) الْمَنْفَعَةِ ، كَتَعَثُرِ الظَّهْرِ فِي الْمَشْيِ ، وَالْعَرَجِ الَّذِي يَتَأَخَّرُ بِهِ عَنِ الْقَافِلَةِ ، وَرَبْضِ^(٢١) الْبَهِيمَةِ بِالْحِمْلِ ، وَكَوْنِهَا جَمُوحَةً أَوْ عَضُوضَةً ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ . وَفِي الْمُكْتَرَى لِلْخِدْمَةِ ؛ ضَعْفُ الْبَصَرِ ، وَالْجُنُونُ ، وَالْجُدَامُ ، وَالْبَرَصُ ، وَفِي الدَّارِ ؛ انْهْدَامُ الْحَائِطِ ، وَالْخَوْفُ مِنْ سُقُوطِهَا ، وَانْقِطَاعُ الْمَاءِ مِنْ بَيْرِهَا ، أَوْ تَغْيِيرُهُ بِحَيْثُ يَمْتَنِعُ الشَّرْبُ وَالْوُضُوءُ ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ مِنَ النَّقَائِصِ ، وَمَتَى حَدَثَ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْعُيُوبِ بَعْدَ الْعَقْدِ ، ثَبَتَ لِلْمُكْتَرِي خِيَارُ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا يَحْصُلُ قَبْضُهَا إِلَّا شَيْئًا فَشَيْئًا ، فَإِذَا حَدَثَ الْعَيْبُ ، فَقَدْ وَجَدَ قَبْلَ^(٢٢) قَبْضِ الْبَاقِي مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَأُثْبِتَ الْفَسْخَ فِيمَا بَقِيَ مِنْهَا ، وَمَتَى فَسَخَ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ انْفَسَخَ الْعَقْدُ بِتَلَفِ الْعَيْنِ . وَإِنْ رَضِيَ الْمَقَامَ وَلَمْ يَفْسَخْ ، لَزِمَهُ جَمِيعُ الْعَوَضِ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ نَاقِصًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ رَضِيَ بِالْمَبِيعِ مَعِيًّا . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْمَوْجُودِ ، هَلْ هُوَ عَيْبٌ أَوْ لَا ؟ رُجِعَ فِيهِ إِلَى أَهْلِ الْخِبْرَةِ ، فَإِنْ قَالُوا : لَيْسَ بِعَيْبٍ . مِثْلُ أَنْ تَكُونَ الدَّابَّةُ

(٢٠) سقط من : م .

(٢١) في الأصل : ورفض .

(٢٢) في ب ، م : مثل .

حَشِينَةُ الْمَشْيِ ، أو أَنَّهَا تَتَعَبُ رَاكِبُهَا لَكَوْنِهَا لَا تَرْكَبُ كَثِيرًا ، فليس له فَسْخٌ . وإن قالوا : هو عَيْبٌ . فله الْفَسْخُ . هذا إذا كان الْعَقْدُ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِهَا ، فأما إن كانت مَوْصُوفَةً فِي الذِّمَّةِ ، لم يَنْفَسَخِ الْعَقْدُ ، وعلى الْمُكْرَى إِبْدَالُهَا ؛ لأنَّ الْعَقْدَ لم يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِهَا ، أَشْبَهَ الْمُسْلِمَ فِيهِ إِذَا سَلَّمَهُ ^(٢٣) عَلَى غَيْرِ صِفَتِهِ . فَإِنْ عَجَزَ عَنْ إِبْدَالِهَا ، أو اِمْتَنَعَ مِنْهُ ، ولم يُمَكِّنْ إِجْبَارُهُ عَلَيْهِ ، فَلِلْمُكْتَرَى الْفَسْخُ أَيْضًا .

فصل : وعلى الْمُكْرَى مَا يَتِمَّكُنُّ بِهِ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، كَتَسْلِيمِ مَفَاتِيحِ الدَّارِ وَالْحَمَّامِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ / التَّمَكُّنَ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، وَتَسْلِيمِ مَفَاتِيحِهَا تَمَكُّنٌ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ . فَإِنْ ضَاعَتْ ، بغير تَفْرِيطٍ مِنَ الْمُكْتَرَى ، فعلى الْمُكْرَى بَدْلُهَا ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُكْتَرَى ، فَأَشْبَهَ ذَلِكَ حَيْطَانَ الدَّارِ وَأَبْوَابَهَا . وعليه بِنَاءُ حَائِطٍ إِنْ سَقَطَ ، وَإِبْدَالُ حَشِينَةِ إِنْ انْكَسَرَتْ ^(٢٤) . وعليه تَبْلِيطُ الْحَمَّامِ ، وَعَمَلُ الْأَبْوَابِ وَالْبِرَكِ ^(٢٥) وَمَجْرَى الْمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ بِذَلِكَ يَتِمَّكُنُّ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، وما كان لِاسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ ، كَالْحَبْلِ وَالذَّلْوِ وَالْبَكْرَةِ ، فعلى الْمُكْتَرَى . وَأَمَّا التَّحْسِينُ وَالتَّزْوِيقُ ، فلا يَلْزَمُ وَاحِدًا مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْاِئْتِفَاعَ مُمَكِّنٌ بِذَوْنِهِ . وَأَمَّا تَنْقِيَةُ الْبَالُوْعَةِ وَالْكُنْفِ ، فَإِنْ اِحتِيجَ إِلَى ذَلِكَ عِنْدَ الْكِرَاءِ ، فعلى الْمُكْرَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَتِمَّكُنُّ بِهِ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، وَإِنْ اِمْتَلَأَتْ بِفِعْلِ الْمُكْتَرَى ؛ فعليه تَفْرِيعُهَا . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ . وقال أَبُو ثَوْرٍ : هو عَلَى رَبِّ الدَّارِ ؛ لِأَنَّ بِهِ يَتِمَّكُنُّ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اِكْتَرَى وَهِيَ مَلَأَى . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : الْقِيَاسُ أَنَّهُ عَلَى الْمُكْتَرَى ، وَالاسْتِحْسَانُ أَنَّهُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ ؛ لِأَنَّ عَادَةَ النَّاسِ ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ حَصَلَ بِفِعْلِ الْمُكْتَرَى ، فَكَانَ عَلَيْهِ تَنْظِيفُهُ كَمَا لَوْ ^(٢٦) طَرَحَ فِيهَا قُمَاشًا . والقولُ فِي تَفْرِيعِ جِيَّةِ ^(٢٧) الْحَمَّامِ ، الَّتِي هِيَ

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « سَلِمَ » .

(٢٤) فِي ١ ، ب ، م : « انْكَسَرَ » .

(٢٥) فِي ب ، م : « وَالْبِرْل » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « كَانَ » .

(٢٧) الْجِيَّةُ : الْمَوْضِعُ الَّذِي يَجْتَمِعُ فِيهِ الْمَاءُ .

مَصْرُفُ مائه^(٢٨) ، كَالْقَوْلِ فِي بَالُوَةِ الدَّارِ . وَإِنْ انْقَضَتْ الْإِجَارَةُ ، وَفِي الدَّارِ زَيْلٌ أَوْ قَمَامَةٌ مِنْ فِعْلِ السَّاكِنِ ، فَعَلِيهِ نَقْلُهُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَيُّ ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ عَلَى مُكْتَرِي الْحَمَّامِ ، أَوْ غَيْرِهِ ، أَنَّ مَدَّةَ تَعْطِيلِهِ عَلَيْهِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُوجَرَ مَدَّةً لَا يُمْكِنُ الْإِثْفَاقُ فِي بَعْضِهَا ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ أَنَّهُ يَسْتَوْفِي بِقَدْرِهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ مَدَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدَّى إِلَى أَنْ يَكُونَ انْتِهَاءُ مَدَّةِ الْإِجَارَةِ مَجْهُولًا . فَإِنْ أَطْلُقَ ، وَتَعَطَّلَ ، فَهُوَ عَيْبٌ حَادِثٌ ، وَالْمُكْتَرِي بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْإِنْسَاكِ بِكُلِّ الْأَجْرِ وَبَيْنَ الْفَسْخِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنَّ لَهُ أَرْضَ الْعَيْبِ ، قِيَاسًا عَلَى الْمَبِيعِ الْمَعِيبِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْعَيْبِ حَتَّى انْقَضَتْ مَدَّةُ الْإِجَارَةِ ، فَعَلِيهِ الْأَجْرُ كُلُّهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ عَلِمَ الْعَيْبَ بَعْدَ الْعَقْدِ قَرْضِيهِ ، وَيَتَخَرَّجُ أَنَّ لَهُ أَرْضَ الْعَيْبِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعِيًّا ، فَلَمْ يَعْلَمْ عَيْبَهُ حَتَّى أَكَلَهُ ، أَوْ تَلَفَ فِي يَدِهِ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ الْإِثْفَاقَ عَلَى الْعَيْنِ النَّفَقَةَ الْوَاجِبَةَ عَلَى الْمُكْرِي ، كَعِمَارَةِ الْحَمَّامِ ، إِذَا شَرَطَهَا عَلَى الْمُكْتَرِي^(٢٩) ، فَالشَّرْطُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ مِلْكٌ لِلْمُوجِرِ فَتَفَقَّطَتْهَا عَلَيْهِ . وَإِذَا اتَّفَقَ بِنَاءً عَلَى هَذَا ، احْتَسَبَ بِهِ عَلَى الْمُكْرِي ؛ لِأَنَّهُ اتَّفَقَهُ عَلَى مِلْكِهِ بِشَرْطِ الْعَوَضِ . فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَا اتَّفَقَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكْرِي ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ . فَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ^(٣٠) ، لَكِنْ أَذِنَ لَهُ فِي الْإِثْفَاقِ ، لِيَحْتَسِبَ لَهُ مِنَ الْأَجْرِ ، فَفَعَلَ^(٣١) ، ثُمَّ اخْتَلَفَا^(٣٢) فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكْرِي أَيْضًا . وَإِنْ اتَّفَقَ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَرْجَعْ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ اتَّفَقَ عَلَى مَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ نَفَقَةً غَيْرَ وَاجِبَةٍ عَلَى الْمَالِكِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ عَمَرَ دَارًا لَهُ أُخْرَى .

و ٩٠/٥

(٢٨) فِي م : « الْمَاء » .

(٢٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

(٣٠) فِي الْأَصْل : « يَشْرُط » .

(٣١) فِي الْأَصْل : « بَفَعَلَهُ » .

(٣٢) فِي ب زِيَادَةً : « فِي قَدْرِ مَا اتَّفَقَ » .

٨٩٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنِ اسْتَوْجَرَ لِعَمَلٍ شَيْءٍ بَعِيْنِهِ ، فَمَرِيضٌ ، أُقِيْمَ مَقَامُهُ مَنْ يَعْمَلُهُ ، وَالْأَجْرَةُ عَلَى الْمَرِيضِ)

وجملة ذلك ، أنه يجوز استئجار الآدمي ، بغير خلاف بين أهل العلم ، وقد آجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم^(١) . واستأجر النبي ﷺ وأبو بكرٍ رجلاً يَدُلُّهُمَا عَلَى الطَّرِيقِ^(٢) . وذكر النبي ﷺ رجلاً استأجر أجراً ، كلُّ أجير يفرق من ذُرَّةٍ ، وقال : « إِنَّمَا مَثَلُكُمْ وَمَثَلُ أَهْلِ الْكِتَابِ ، كَمَثَلِ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجْرَاءً ، فَقَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنْ غُدْوَةٍ إِلَى نِصْفِ النَّهَارِ عَلَى قِرَاطٍ قِرَاطٍ^(٣) ؟ فَعَمِلَتِ الْيَهُودُ . ثُمَّ قَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنْ نِصْفِ النَّهَارِ إِلَى الْعَصْرِ عَلَى قِرَاطٍ قِرَاطٍ ؟ فَعَمِلَتِ النَّصَارَى . ثُمَّ قَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنَ الْعَصْرِ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ عَلَى قِرَاطَيْنِ قِرَاطَيْنِ ؟ فَعَمِلْتُمْ أَنْتُمْ^(٤) . فَعُضِبَتِ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى ، وَقَالُوا : نَحْنُ أَكْثَرُ عَمَلًا وَأَقْلَ أَجْرًا فَقَالَ : هَلْ ظَلَمْتُكُمْ مِنْ أَجْرِكُمْ شَيْئًا ؟ قَالُوا : لَا . قَالَ : فَإِنَّمَا هُوَ فَضْلِي أَوْتِيَهُ مَنْ أَشَاءُ^(٥) » . ولأنه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه ، فجازت إجارته ، كالذور . ثم إجارته تقع على ضربين ؛ أحدهما ، استجاره مدة بعينه ، لعمل بعينه ، كإجارة موسى عليه السلام نفسه ثمانين حججاً ، واستئجار الأجراء المذكورين في الخبر . والثاني ، استجاره على عمل معين في الذمة ، كاستئجار النبي ﷺ وأبي بكرٍ دليلاً يَدُلُّهُمَا عَلَى الطَّرِيقِ ، واستئجار رجلٍ لخياطة قميص أو بناء حائط ، ويتنوع ذلك

(١) تقدم تخرجه في صفحة ٥ .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) سقط من : ب .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب الإجارة إلى نصف النهار ، وباب الإجارة إلى صلاة العصر ، من كتاب الإجارة ، وفي : باب ما ذكر عن بني إسرائيل ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب فضل القرآن على سائر الكلام ، من كتاب فضائل القرآن . صحيح البخاري ١١٧/٣ ، ١١٨ ، ٢٠٧/٤ ، ٢٣٥/٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في مثل ابن آدم وأجله وأمله ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى ٣٢١/١٠ ، ٣٢٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١١ ، ٦/٢ .

تَوْعَيْنٍ ؛ أحدهما ، أن تَقَعَ الإِجَارَةُ عَلَى عَيْنٍ ، كَالْجَارَةِ عَبْدِهِ لِرِغَايَةِ غَنَمٍ ^(٥) ، أَوْ وَلَدِهِ لِعَمَلٍ مُعَيَّنٍ . والثاني ، أن تَقَعَ عَلَى عَمَلٍ فِي الذِّمَّةِ ، كَخِيَاطَةِ قَمِيصٍ وَبِنَاءِ حَائِطٍ ، فَمَتَى كَانَتْ عَلَى عَمَلٍ فِي ذِمَّتِهِ فَمَرَضَ ، وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُقِيمَ مَقَامَهُ مَنْ يَعْمَلُهُ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ وَجَبَ فِي ذِمَّتِهِ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ إِيفَاؤُهُ ، كَالْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ إِنْظَارُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ بِإِطْلَاقِهِ يَقْتَضِي التَّعْجِيلَ ، وَفِي التَّأْخِيرِ إِضْرَارٌ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ عَلَى عَيْنِهِ ^(٦) فِي مُدَّةٍ أَوْ غَيْرِهَا ، فَمَرَضَ / لَمْ يُقَمْ غَيْرُهُ مَقَامَهُ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ وَقَعَتْ عَلَى عَمَلِهِ بِعَيْنِهِ ، لَا عَلَى شَيْءٍ فِي ذِمَّتِهِ ، وَعَمَلٌ غَيْرُهُ لَيْسَ مَعْقُودًا عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى مُعَيَّنٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى مُعَيَّنًا ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ غَيْرَهُ ، وَلَا يُبَدِّلَهُ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ وَقَعَ فِي الذِّمَّةِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ إِبْدَالُ الْمَعِيبِ ، وَلَا يَنْفَسِيخُ الْعَقْدُ بِتَلَفٍ مَا تَسَلَّمَهُ ، وَالْمَبِيعُ الْمُعَيَّنُ بِخِلَافِهِ ، فَكَذَلِكَ الْإِجَارَةُ . وَإِنْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ عَلَى عَمَلٍ فِي الذِّمَّةِ ، لَكِنَّهُ لَا يَقُومُ غَيْرُ الْأَجِيرِ مَقَامَهُ ، كَالنَّاسِخِ ، فَإِنَّهُ يَخْتَلِفُ الْقَصْدُ فِيهِ بِاخْتِلَافِ الْخُطُوطِ ، لَمْ يُكَلَّفْ إِقَامَةُ غَيْرِهِ مَقَامَهُ ، وَلَا يَلْزَمُ الْمُسْتَأْجِرُ قَبُولُ ذَلِكَ إِنْ بَدَّلَهُ الْأَجِيرُ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ لَا يَحْصُلُ مِنْ غَيْرِ النَّاسِخِ ، كَحُصُولِهِ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَسْلَمَ إِلَيْهِ فِي تَوْعٍ ، فَسَلَّمَ إِلَيْهِ غَيْرَهُ . وَهَكَذَا كُلُّ مَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَعْيَانِ .

٩٠/٥ ظ

فصل : يَجُوزُ الْأَسْتِجَارُ لِحَفْرِ الْآبَارِ وَالْأَنْهَارِ وَالْقُنَى ؛ لِأَنَّهَا مَنَفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ ، يَجُوزُ أَنْ يَتَطَوَّعَ بِهَا الرَّجُلُ عَلَى غَيْرِهِ ، فَجَازَ عَقْدُ الْإِجَارَةِ عَلَيْهَا ^(٧) ، كَالْخِدْمَةِ . وَلَا بَدَلٌ مِنْ تَقْدِيرِ الْعَمَلِ بِمُدَّةٍ ، أَوْ عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ، فَإِنْ قَيَّدَهُ بِمُدَّةٍ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : اسْتَأْجَرْتُكَ شَهْرًا ، لِتَحْفَرَ لِي بئرًا ^(٨) أَوْ نَهْرًا ^(٩) . لَمْ يَحْتَجْ إِلَى مَعْرِفَةِ الْقَدْرِ ^(١٠) وَعَلَيْهِ أَنْ يَحْفَرَ ذَلِكَ

(٥) فِي ب ، م : « غَنَمٍ » .

(٦) فِي ب ، م : « عَبْدِهِ » .

(٧) فِي م : « عَلَيْهِ » .

(٨ - ٩) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٩) فِي م : « الْقُنَى » .

الشَّهْر ، قَلِيلًا حَفَرَ^(١٠) أَوْ كَثِيرًا . وَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْأَرْضِ الَّتِي يَحْفَرُ فِيهَا . وَقَالَ
بَعْضُ أَصْحَابِنَا : لَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهَا ؛ لِأَنَّ الْعَرْضَ لَا يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى
إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ قَدْ تَكُونُ صُلْبَةً ، فَيَكُونُ الْحَفْرُ عَلَيْهِ شَاقًّا ، وَقَدْ تَكُونُ
سَهْلَةً ، فَيَسْتَهْلُ ذَلِكَ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَدَّرَهُ بِالْعَمَلِ ، فَلَا بَدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْوَضْعِ^(١١)
بِالْمُشَاهَدَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَوَاضِعَ تَخْتَلِفُ بِالسُّهُولَةِ وَالصَّلَابَةِ ، وَلَا يَنْضَبِطُ ذَلِكَ بِالصِّفَةِ .
وَيَعْرِفُ دَوْرَ الْبِئْرِ ، وَعُمْقَهَا ، وَطَوْلَ النَّهْرِ ، وَعُمْقَهُ ، وَعَرْضَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ يَخْتَلِفُ
بِذَلِكَ . فَإِذَا حَفَرَ بَيْرًا ، فَعَلَيْهِ شَيْلُ التُّرَابِ^(١٢) ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ لَهُ الْحَفْرُ إِلَّا بِذَلِكَ ، فَقَدْ
تَضَمَّنَهُ الْعَقْدُ . فَإِنْ تَهَوَّرَ تُرَابٌ مِنْ جَانِبَيْهَا ، أَوْ سَقَطَتْ فِيهِ بَهِيمَةٌ^(١٣) أَوْ نَحْوُ
ذَلِكَ^(١٤) ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْلُهُ ، وَكَانَ عَلَى صَاحِبِ الْبِئْرِ ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَ فِيهَا مِنْ مِلْكِهِ ، وَلَمْ
يَتَضَمَّنْ عَقْدُ الْإِجَارَةِ رَفْعَهُ . وَإِنْ وَصَلَ إِلَى صَخْرَةٍ أَوْ جَمَادٍ يَمْنَعُ الْحَفْرَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ
حَفْرُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُخَالِفٌ لِمَا شَاهَدَهُ مِنَ الْأَرْضِ ، وَإِنَّمَا اعْتَبِرَتْ مُشَاهَدَةُ الْأَرْضِ لِأَنَّهَا
تَخْتَلِفُ ، فَإِذَا ظَهَرَ فِيهَا مَا يُخَالِفُ الْمُشَاهَدَةَ ، كَانَ لَهُ الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ ، فَإِذَا فَسَخَ ،
كَانَ لَهُ مِنَ الْأَجْرِ بِحِصَّةِ مَا عَمِلَ فَيُقْسَطُ الْأَجْرُ عَلَى مَا بَقِيَ وَمَا عَمِلَ ، فَيَقَالُ : كَمْ أَجْرُ
مَا عَمِلَ ؟ وَكَمْ أَجْرُ مَا بَقِيَ ؟ وَيُقْسَطُ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى عَلَيْهِمَا . وَلَا يَجُوزُ تَقْسِيطُهُ عَلَى
عَدَدِ الْأَذْرَعِ ؛ لِأَنَّ أَعْلَى الْبِئْرِ يَسْتَهْلُ نَقْلَ التُّرَابِ مِنْهُ ، وَأَسْفَلُهُ يَشْتَقُ ذَلِكَ فِيهِ . وَإِنْ
تَبَعَ مَا يَمْنَعُهُ^(١٥) مِنَ الْحَفْرِ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الصَّخْرَةِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَيَجُوزُ الْاسْتِجَارُ لِضَرْبِ اللَّيْنِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَيَكُونُ عَلَى مُدَّةٍ أَوْ عَمَلٍ ،
فَإِنْ قَدَّرَهُ بِالْعَمَلِ ، احْتَاجَ إِلَى تَبْيِينِ عَدْدِهِ ، وَذِكْرِ قَالِبِهِ ، وَمَوْضِعِ الضَّرْبِ ؛ لِأَنَّ
الْأَجْرَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِ ؛ لَكَوْنِ التُّرَابِ فِي بَعْضِ الْأَمَاكِنِ أَسْهَلَ ، وَالْمَاءِ أَقْرَبَ . فَإِنْ

(١٠) فَم : « حَتَّى » .

(١١) لَعَلَّ الصَّوَابَ : « الْمَوْضِع » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٣ - ١٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « مَنَعَهُ » .

كان هناك قَالِبٌ مَعْرُوفٌ لَا يَخْتَلِفُ ، جازَ ، كما إذا كان المِكْيَالُ مَعْرُوفًا . وإن قَدَّرَهُ بالطُول والعَرْض والسُّمْلِك ، جازَ . ولا يَكْتَفِي بِمُشَاهَدَةِ قَالِبِ الضَّرْبِ إذا لم يَكُنْ مَعْرُوفًا ؛ لأنَّ فيه غَرًّا . وقد يَتَلَفُ القَالِبُ ، فلا يَصِحُّ ، كما لو أَسْلَمَ في مِكْيَالٍ بَعِيْنِهِ .

فصل : ويجوزُ الاستِجَارُ لِلْبِنَاءِ ، وتقديرُهُ بِالزَّمانِ أو الْعَمَلِ ، فإن قَدَّرَهُ بِالْعَمَلِ ، فلا بُدَّ من مَعْرِفَةِ مَوْضِعِهِ ؛ لأنَّهُ يَخْتَلِفُ أيضًا بِقُرْبِ الْمَاءِ ، وسُهولةِ التُّرابِ . ولا بُدَّ من ذِكْرِ طُولِهِ ، وعَرْضِهِ ، وسُمْكِهِ ، وآلَةِ الْبِنَاءِ مِنْ لَبَنِ وَطِينٍ ، أو حَجَرٍ وَطِينٍ ، أو شَيْدٍ^(١٥) وآجُرٍّ ، أو غير ذلك . قال ابنُ أُنَى موسى : وإذا اسْتَأْجَرَهُ لِبِنَاءِ أَلْفِ لَبْنَةٍ في حَائِطِهِ^(١٦) ، أو اسْتَأْجَرَهُ يَبْنِي لَهُ فِيهِ يَوْمًا ، فَعَمِلَ مَا اسْتَأْجَرَهُ عَلَيْهِ ، ثم سَقَطَ الْحَائِطُ ، فَله أَجْرُهُ ؛ لأنَّهُ وَفَى الْعَمَلَ . وإن قال : أَرْفَعُ لِي هَذَا الْحَائِطَ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ ، فَرَفَعَ بَعْضَهُ ، ثم سَقَطَ ، فعليه إِعَادَةُ مَا سَقَطَ ، وإِثْمَامُ مَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْإِجَارَةُ مِنَ الذَّرْعِ . وهذا إذا لم يَكُنْ سَقُوطُهُ في الْأَوَّلِ لِأَمْرٍ مِنْ جِهَةِ الْعَامِلِ ، فَأَمَّا إِنْ فَرَطَ ، أو بَنَاهُ مُحْلُولًا ، أو نحو ذلك ، فَسَقَطَ ،^(١٧) فعليه إِعَادَتُهُ^(١٨) ، وَغَرَامَةُ مَا تَلَفَ مِنْهُ .

فصل : ويجوزُ الاستِجَارُ لِتَطْيِينِ السُّطُوحِ وَالْحِيطَانِ وَتَجْصِيصِهَا . ولا يجوزُ على عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ؛ لأنَّ الطَّيْنَ يَخْتَلِفُ ، فَمِنْهُ رَقِيقٌ وَثَخِينٌ ، وَأَرْضُ السَّطْحِ^(١٩) تَخْتَلِفُ ،^(٢٠) فَمِنْهَا الْعَالِي وَمِنْهَا النَّازِلُ^(٢١) ، وَكَذَلِكَ الْحِيطَانُ ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَجْزُ إِلَّا عَلَى مُدَّةٍ .

فصل : ويجوزُ اسْتِجَارُ نَاسِيخٍ لِيَنْسَخَ لَهُ كُتُبُ فِقْهِ أَوْ حَدِيثٍ ، أو شِعْرًا مُبَاحًا ، أو سِجَلَاتٍ ، نَصَّ عَلَيْهِ ، في رِوَايَةِ مُثْنَى بْنِ جَامِعٍ ، وَسَأَلَهُ عَنْ كِتَابَةِ الْحَدِيثِ

(١٥) الشيد : ما طلى به حائط من جص ونحوه .

(١٦) في الأصل : « حائط » .

(١٧ - ١٨) سقط من : الأصل .

(١٨) في ب : « السطوح » .

(١٩ - ٢٠) في الأصل : « فيها العالي والنازل » .

بالأجر ، فلم يرَ به بأسًا . ولا بد من التقدير بالمدة أو العمل ، فإن قدره بالعمل ، ذكرَ
عَدَدَ الأَوَاقِ ، وقَدَّرَها ، وعَدَدَ السُّطُورِ في كُلِّ وَرَقَةٍ ، وقَدَّرَ الحَوَاشِي ، ودَقَّةَ القَلَمِ
وغلَطَه . فإن عَرَفَ الخطَّ بالمشاهدة ، جازَ ، وإن أَمَكَنَ ضَبْطُه بالصِّفَةِ ضَبْطُه ، وإلا
فلا بد من مُشاهدته ؛ لأنَّ الأجرَ يَحْتَلِفُ باختلافه . ويجوزُ تقديرُ الأجرِ / بأجزاءِ
الفرعِ ، ويجوزُ بأجزاءِ الأصلِ المنسوخِ منه . وإن قَاطَعَه على نَسْخِ الأصلِ بأجرٍ
واحدٍ ، جازَ . وإذا أخطأ بالشئِ اليسيرِ ، الذي جَرَتِ العادةُ به ، عُفِيَ عنه ؛ لأنَّ
ذلك لا يُمكنُ التحَرُّزُ منه . وإن أَسْرَفَ في الغَلَطِ ، بحيثُ يَخْرُجُ عن العادةِ ، فهو عُيْبٌ
يُرَدُّ به . قال ابنُ عَقِيلٍ : وليس له مُحَادَثَةٌ غيرُه حالَ^(٢٠) النَّسْخِ ، ولا التَّشَاغُلِ بما
يَشغُلُ سِرَّهُ ويوجبُ غَلَطَه ، ولا لغيرِه تَحْدِيثُه وشغْلُه . وكذلك كُلُّ الأَعْمَالِ التي
تَحْتَلُّ بِشغْلِ السِّرِّ والقلبِ ، كالقَصَارَةِ والنَّسَاجَةِ ، ونحوها .

فصل : ويجوزُ أن يَسْتَأْجَرَ مَنْ يَكْتُبُ لَهُ مُصْحَفًا ، في قول أكثر أهل العلم . وروى
ذلك عن جابر بن زَيْدٍ ، ومَالِكِ بن دِينَارٍ . وبه قال أبو حَنِيفَةَ ، والشافِعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ ،
وابنُ المُنْذِرِ . وقال ابنُ سِيرِينَ : لا بأسُ أن يَسْتَأْجَرَ الرَّجُلُ شَهْرًا ، ثم يَسْتَكْتَبَهُ
مُصْحَفًا . وكَرِهَ عَلْقَمَةُ كِتَابَةَ الْمُصْحَفِ بِالْأَجْرِ^(٢١) . ولَعَلَّهُ يرى أن ذلك مِمَّا يَخْتَصُّ
فَاعِلَه بِكَوْنِهِ من أَهْلِ الْقُرْبَةِ ، فَكَرِهَ الأَجَرَ عَلَيْهِ ، كَالصَّلَاةِ . ولَنَا ، أَنَّهُ فِعْلٌ مُبَاحٌ يَجُوزُ
أَنْ يَتَوَبَّ فِيهِ الْغَيْرُ عن الْغَيْرِ ، فَجَازَ أَخْذُ الأَجْرِ عَلَيْهِ ، كَكِتَابَةِ الْحَدِيثِ ، وقد جاء في
الْخَبَرِ : « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ »^(٢٢) .

فصل : ويجوزُ أن يَسْتَأْجَرَ لِحَصَادِ زَرْعِهِ . ولا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا بين أَهْلِ الْعِلْمِ . وكان
إِبْرَاهِيمُ بن أَدَهَمَ يُوجِرُ نَفْسَه لِحَصَادِ الزَّرْعِ . ويجوزُ أَنْ يُقَدَّرَ بِمُدَّةٍ ، وَبِعَمَلٍ مُعَيَّنٍ ،

(٢٠) في ب ، م : « حالة » .

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) أخرجه البخاري ، في : باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب ، من كتاب الإجارة ، وفي : باب الشرط
في الرقية بقطع من الغنم ، من كتاب الطب . صحيح البخاري ١٢١/٣ ، ١٧١/٧ . والدارقطني ، في : كتاب
البيوع ، سنن الدارقطني ٦٥/٣ .

مثل أن يُقَاطَعَه على حَصَادِ زَرْعٍ مُعَيَّنٍ . ويجوزُ أن يَسْتَأْجِرَ رَجُلًا لِسَقْيِ زَرْعِهِ ،
وَتُنْقِيَتِهِ ، وِدْيَاسِهِ ، ونُقِلَه إلى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ . ويجوزُ أن يَسْتَأْجِرَ رَجُلًا لِيَحْتَطِبَ لَهُ ؛
لأنَّه عَمَلٌ مُبَاحٌ تَدْخُلُهُ النَّيَابَةُ ، أَشْبَهَ حَصَادَ الزَّرْعِ . قال أحمدُ ، في رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا
على أن يَحْتَطِبَ لَهُ على حِمَارَيْنِ كُلِّ يَوْمٍ ، فكان الرَّجُلُ يَنْقُلُ عَلَيْهِمَا وعلى حِمِيرٍ لِرَجُلٍ
آخَرَ ، وَيَأْخُذُ مِنْهُ الْأَجْرَةَ . فإن كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهِ ضَرَرٌ ، يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ . فظَاهِرُ
هذا أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ يَرْجِعُ على الْأَجِيرِ بِقِيَمَةِ مَا اسْتَضَرَّ بِاشْتِغَالِهِ ^(٢٣) عن عَمَلِهِ ؛ لأنَّه
قال : إن كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهِ ضَرَرٌ يَرْجِعُ عَلَيْهِ ^(٢٤) بِالْقِيَمَةِ . فاعتَبَرَ الضَّرَرَ ، وظَاهِرُ
هذا ^(٢٤) أَنَّهُ إِذَا لم يَسْتَضِرَّ ، لا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ؛ لأنَّه أَكْثَرَاهُ لِعَمَلٍ ، فَوَفَّاهُ على التَّمَامِ ،
فلم يَلْزِمُهُ شَيْءٌ ، كما لو اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ ، فكان يَقْرَأُ الْقُرْآنَ في حالِ عَمَلِهِ ، فإن ضَرَّ
الْمُسْتَأْجِرَ ، رَجَعَ ^(٢٥) عَلَيْهِ بِقِيَمَةِ مَا فَوَّتَ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِقِيَمَةِ
مَا عَمَلَهُ لغيرِهِ ؛ لأنَّه صَرَّفَ مَنَافِعَهُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا إلى عَمَلٍ غَيْرِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فكان عَلَيْهِ
قِيَمَتُهَا ، كما لو عَمِلَ لِنَفْسِهِ . وقال القاضي : / معناه أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْأَجْرِ الَّذِي أَخَذَهُ
من الْآخِرِ ، لأنَّ مَنَافِعَهُ في هذه الْمُدَّةِ مَمْلُوكَةٌ لغيرِهِ ، فَمَا حَصَلَ في مُقَابَلَتِهَا يَكُونُ لِلَّذِي
اسْتَأْجَرَهُ .

و ٩٢/٥

فصل : ويجوزُ الاسْتِئْجَارُ لاسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ ، في النَّفْسِ ^(٢٦) وما دُونَهَا ^(٢٦) . وبه
قال مالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال أبو حنيفةَ : لا يجوزُ في النَّفْسِ ؛ لأنَّ عَدَدَ
الضَّرَبَاتِ يَخْتَلِفُ ، ومَوْضِعُ الضَّرَبَاتِ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ ، إِذْ يُمَكِّنُ أَنْ يَضْرَبَ مِمَّا ^(٢٧) يَلِي
الرَّأْسَ وَمِمَّا ^(٢٧) يَلِي الْكَتِفَ ، فكان مَجْهُولًا . ولنا ، أَنَّهُ حَقٌّ يجوزُ التَّوَكُّيلُ في
اسْتِيفَائِهِ ، لا يَخْتَصُّ فاعِلُهُ بكونِهِ من أَهْلِ الْقُرْبَةِ ، فجازَ الاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ ، كالْقِصَاصِ
في الطَّرَفِ . وقولُهُ : إنَّ عَدَدَ الضَّرَبَاتِ يَخْتَلِفُ ، وهو مَجْهُولٌ . يَبْطُلُ بِخِيَاطَةِ

(٢٣) في الأصل : « باستعماله » .

(٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥) في ب ، م ، « يرجع » .

(٢٦ - ٢٦) في م : « فمادونهما » .

(٢٧ - ٢٧) سقط من : ب . نقل نظر .

الثَّوبِ ، فَإِنَّ عَدَدَ الْغُرَزَاتِ مَجْهُولٌ . وَقَوْلُهُ : إِنْ مَحَلَّهُ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ . ^(٢٨) قُلْنَا : هُوَ مُتَقَارِبٌ ، فَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ صِحَّتَهُ ، كَمَوْضِعِ الْخِيَاطَةِ مِنْ حَاشِيَةِ الثَّوبِ . وَالْأَجْرُ عَلَى الْمُقْتَصِّرِ مِنْهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : هُوَ عَلَى الْمُسْتَوْفَى ، لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ ^(٢٩) ، فَلَيْسَ عَلَى الْمُقْتَصِّرِ مِنْهُ إِلَّا التَّمَكِينُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى ثَمَرَةَ نَخْلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَجْرٌ يَجِبُ لِإِيفَاءِ حَقِّ ، فَكَانَ عَلَى الْمُوَفَّى ، كَأَجْرِ الْكَيْلِ وَالْوَزَانِ . وَمَا ذَكَرُوهُ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْقَطْعَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ الثَّمَرَةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ مَكَّنَهُ مِنَ الْقَطْعِ فَلَمْ يَقْطَعْ ، وَقَطَعَهُ آخَرُ ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ صَاحِبِ الْقِصَاصِ ، وَلَوْ كَانَ التَّمَكِينُ ^(٣٠) تَسْلِيمًا ، لَسَقَطَ حَقُّهُ كَالثَّمَرَةِ .

فصل : وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ رَجُلٍ لِيُدْلَّهُ عَلَى طَرِيقٍ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَأَبَا بَكْرٍ ، اسْتَأْجَرَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ أَرْقِطَ هَادِيًا خَرِيئًا ^(٣١) ، وَهُوَ الْمَاهِرُ بِالْهَدَايَةِ ، لِيُدْلَّهُمَا عَلَى طَرِيقِ الْمَدِينَةِ . وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ كَيْلٍ ، وَوَزَانٍ ، لِعَمَلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ فِي مَدَّةٍ مَعْلُومَةٍ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ . وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُحَالَفًا . وَقَدَرُوهُ فِي حَدِيثِ سُؤَيْدِ بْنِ قَيْسٍ : أَنَا نَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَاشْتَرَى مِنَّا رَجُلٌ سَرَاوِيلَ ، وَثَمَّ رَجُلٌ يَزُنُّ بِأَجْرِ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « زِنْ ، وَأَرْجِعْ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٣٢) . وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ رَجُلٍ لِيُلَازِمَ غَرِيمًا يَسْتَحِقُّ مُلَازِمَتَهُ . وَسُئِلَ أَحْمَدُ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ : لَا بَأْسَ قَدْ شَعَلَهُ . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ : غَيْرُ هَذَا أَعْجَبُ إِلَيَّ . كَرِهَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَوَّلُ إِلَى الْخُصُومَةِ ، وَفِيهِ تَضْيِيقٌ عَلَى مُسْلِمٍ ، وَلَا يَأْمَنُ أَنْ يَكُونَ ظَالِمًا ، فَيُسَاعِدُهُ عَلَى ظُلْمِهِ ، لَكِنَّهُ جَائِزٌ فِي الْجُمْلَةِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ مُحَقِّقٌ ، فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْحَاكِمَ لَا يَحْكُمُ إِلَّا بِحَقٍّ ، وَهَذَا أَجْزَأُ لِلْمَوْكَلِّ فِعْلُهُ .

(٢٨ - ٢٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٩) في الأصل : « التملك » .

(٣٠) تقدم تخريجه في صفحة ٥ .

(٣١) تقدم تخريجه في : ٣٨٢/٦ .

فصل : / ويجوز أن يستأجر سمساراً ، يشتري^(٣٢) له ثياباً ، ورخص فيه ابن سيرين ، وعطاء ، والنخعي . وكرهه الثوري ، وحماذ . ولنا ، أنها منفعة مباحة ، تجوز الثيابة فيها ، فجاز الاستعجار عليها ، كالبناء . ويجوز على مدة معلومة ، مثل أن يستأجره عشرة أيام يشتري له فيها ؛ لأن المدة معلومة ، والعمل معلوم ، أشبه الحياط والقصار . فإن عين العمل دون الزمان ، فجعل له من كل ألف درهم شيئاً معلوماً ، صح أيضاً . وإن قال : كلما اشتريت ثوباً ، فلك^(٣٣) درهم أجراً . وكانت الثياب معلومة بصفة ، أو مقدرة بثمان ، جاز . وإن لم يكن كذلك ، فظاهر كلام أحمد ، أنه لا يجوز ؛ لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها ، والأجر يختلف باختلافها ، فإن اشترى ، فله أجر مثله . وهذا قول أبي ثور ، وابن المنذر ؛ لأنه عمل عملاً بعوض لم يسلم له ، فكان له أجر المثل ، كسائر الإجازات الفاسدة .

فصل : وإن استأجره^(٣٤) لبيع له ثياباً بعينها ، صح . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يصح ؛ لأن ذلك يتعذر عليه ، فأشبهه ضرب الفحل ، وحمل الحجر الكبير . ولنا ، أنه عمل مباح ، تجوز الثيابة فيه ، وهو معلوم ، فجاز الاستعجار عليه كثير الثياب ، ولأنه يجوز عقد الإجارة عليه مقدراً بزمن^(٣٥) ، فجاز مقدراً بعمل^(٣٦) ، كالخياطة . وقولهم : إنه غير ممكن . لا يصح ؛ فإن الثياب لا تنفك عن راغب فيها ، ولذلك صحت المضاربة ، ولا تكون إلا بالبيع والشراء ، بخلاف ما قاسوا عليه ، فإنه متعذر . وإن استأجره على شراء ثياب معينة ، احتمل أن لا يصح ؛ لأن ذلك لا يكون إلا من واحد ، وقد لا يبيع ، فيتعذر تحصيل^(٣٧) العمل بحكم

(٣٢) في ب : « يشتري » .

(٣٣) في الأصل : « فله ألف » .

(٣٤) في ب ، م : « استأجر » .

(٣٥ - ٣٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٣٦) في ب ، م : « بالعمل » .

(٣٧) في الأصل : « حصول » .

الظاهر ، بخلاف البيع . وإن استأجره في البيع لرجل بعينه ، فهو كالمواستأجره لشراء ثياب بعينها . ويحتمل أن يصح ؛ لأنه ممكن في الجملة . فإن حصل من ذلك شيء ، استحق الأجر ، ولأبطلت الإجارة ، كما لو لم يعين البائع ولا المشتري .

فصل : ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر ، بشيء معلوم ، وسواء كان الأجير رجلاً أو امرأة ، حراً أو عبداً . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو ثور ؛ لأنه تجوز الثبابة فيه ، ولا يختص عامله بكونه من أهل القرية . قال أحمد : أجير المشاهرة يشهد الأعياد والجمعة ، ولا يشترط ذلك . قيل له : فيتطوع بالركعتين ؟ قال : ما لم يضرب بصاحبه . إنما أباح له ^(٣٨) ذلك ؛ لأن أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ، ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف بترك معتكفه لها . وقال ابن المبارك : لا بأس أن يصلي الأجير ركعات السنة . وقال / أبو ثور ، وابن المنذر : ليس له منعه منها . وقال أحمد : يجوز للرجل أن يستأجر الأمة والحررة للخدمة ، ولكن يصرف وجهه عن النظر ، ليست الأمة مثل الحررة ، ولا يخلو معها في بيت ، ولا ينظر إليها متجردة ، ولا إلى شعرها . إنما قال ذلك ؛ لأن حكم النظر بعد الإجارة كحكمه قبلها ، وفرق بين الأمة والحررة ؛ لأنهما يختلفان قبل الإجارة ، فكذلك بعدها .

٨٩٨ - مسألة ؛ قال : (وإذا مات المكري والمكترى ، أو أحدهما ، فالإجارة بحالها)

هذا قول مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، والبتى ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال الثوري ، وأصحاب الرأي ، والليث : تنفسخ الإجارة بموت أحدهما ؛ لأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت ، لأنه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر ، فإذا مات زال ملكه عن العين ، فانتقلت إلى ورثته ، فالمنافع تحدث على ملك الوارث ، فلا يستحق المستأجر استيفاءها ؛ لأنه ما عقد مع الوارث ، وإذا مات المستأجر ،

(٣٨) سقط من : الأصل ، ب .

لم يُمكن إيجاب الأجر في تركه . ولنا ، أنه عقد لازم ، فلا يفسخ بموت العاقد ، مع سلامة المعقود عليه ، كالزوج أمته ثم مات . وما ذكروه لا يصح ؛ فإننا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع ، وملكت عليه الأجرة كاملة في وقت العقد . ثم يلزمهم ما لو زوج أمته ثم مات . ولو صح ما ذكروه ؛ لكان^(١) وجوب الأجر ههنا بسبب من المستأجر ، فوجب^(٢) في تركه بعد موته ، كما لو حفر بئرا ، فوقع فيها شيء بعد موته ، ضمنه من^(٣) ماله ؛ لأن سبب ذلك كان منه في حال الحياة ، كذا ههنا .

فصل : وإن مات المكري ، ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة ، أو كان غائبا ، كمن يموت في طريق مكة ، ويخلف جملته الذي اكتره ، وليس له عليه شيء يحمله ، ولا وارث له حاضر يقوم مقامه ، فظاهر كلام أحمد أن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة ؛ لأنه قد جاء أمر غالب ، يمنع المستأجر عن^(٤) منفعة العين ، فأشبهه ما لو غصبت ، ولأن بقاء العقد ضرر في حق المكري والمكري ؛ لأن المكري يجب عليه الكراء من غير نفع ، والمكري يمنع عليه التصرف في ماله ، مع ظهور امتناع الكراء عليه . وقد قيل^(٥) عن أحمد ، في رجل اكترى بغيرا ، فمات المكري في بعض الطريق ، فإن رجع البعير خاليا ، فعليه بقدر ما وجب له^(٦) ، وإن كان عليه ثقله ووطأؤه ، فله الكراء إلى الموضع . وظاهر/ هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة ، إذا مات المستأجر ، ولم يبق له^(٧) به انتفاع ؛ لأنه تعدد استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى ، فأشبهه ما لو اكترى من يقلع له ضرسه ، فبرا ، أو انقلع

ظ ٩٣/٥

(١) في النسخ : « لكن » .

(٢) في النسخ : « فوجب » .

(٣) في الأصل : « في » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في الأصل : « قيل » .

(٦) سقط من : م .

قَبْلَ قَلْعِهِ ، أَوْ اكْتَرَى كَحَالًا لِيَكْحَلَ عَيْنَهُ ، فَبَرَأَتْ ، أَوْ ذَهَبَتْ . وَيَجِبُ أَنْ يُقَدَّرَ أَنَّهُ
لَمْ يَكُنْ ثُمَّ مِنْ وَرَثَتِهِ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الْإِنْتِفَاعِ ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ يَقُومُ مَقَامَ الْمَوْرُوثِ .
وَتَأْوَلُّهَا الْقَاضِي عَلَى أَنَّ الْمُكْرَى قَبَضَ الْبَعِيرَ ، وَمَنَعَ الْوَرِثَةَ مِنْ ^(٧) الْإِنْتِفَاعِ ، وَلَوْلَا
ذَلِكَ لَمَا انْفَسَخَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ بِعُذْرِ فِي الْمُسْتَأْجِرِ مَعَ سَلَامَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ،
كَأَلَوْ حُسِبَ مُسْتَأْجِرُ الدَّارِ ، وَمُنِعَ مِنْ سُكْنَاهَا . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَنَعَ الْوَارِثَ
الْإِنْتِفَاعَ ، لَمَا اسْتَحَقَّ شَيْئًا مِنَ الْأَجْرِ . وَيُفَارِقُ هَذَا مَا لَوْ حُسِبَ الْمُسْتَأْجِرُ ؛ لِأَنَّ
الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ انْتِفَاعُهُ ، وَهَذَا لَا يُؤَيِّسُ مِنْهُ بِالْحَبْسِ ، فَإِنَّهُ فِي كُلِّ وَقْتٍ يُمَكِّنُ خُرُوجَهُ
مِنَ الْحَبْسِ وَانْتِفَاعُهُ ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَسْتَنْيِبَ مَنْ يَسْتَوْفِي الْمَنْفَعَةَ لَهُ ^(٨) إِمَّا بِأَجْرٍ أَوْ
غَيْرِهِ ، بِخِلَافِ الْمَيْتِ ، فَإِنَّهُ قَدْ فَاتَ انْتِفَاعُهُ بِنَفْسِهِ وَنَائِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ
الصُّورِ ^(٩) .

فصل : إِذَا أَجَرَ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ الْوَقْفَ مُدَّةً ، فَمَاتَ فِي أَثْنَائِهَا ، وَانْتَقَلَ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ
فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ ؛ لِأَنَّهُ أَجَرَ مِلْكَهُ فِي زَمَنِ وَلَايَتِهِ ، فَلَمْ يَنْطَلِ
بِمَوْتِهِ ، كَأَلَوْ أَجَرَ مِلْكَهُ الطَّلَقَ ^(١٠) . وَالثَّانِي ، تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ،
لِأَنَّ تَابِعِينَ ^(١١) أَنَّهُ أَجَرَ مِلْكَهُ وَمِلْكَ غَيْرِهِ ، فَصَحَّ فِي مِلْكِهِ ذَوْنَ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، كَأَلَوْ أَجَرَ
دَارَيْنِ أَحَدَهُمَا لَهُ ، وَالْأُخْرَى لغيرِهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ بَعْدَ الْمَوْتِ حَقٌّ لغيرِهِ ، فَلَا
يَنْفُذُ عَقْدُهُ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ مِلْكٍ وَلَا وَلَايَةٍ ، بِخِلَافِ الطَّلَقِ ، فَإِنَّ الْوَارِثَ ^(١٢) يَمْلِكُهُ ^(١٣)

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) في لأصل : « الضرر » .

(١٠) في الأصل ، ب : « المطلق » .

(١١) في الأصل : « نتين » .

(١٢) في م : « المالك » .

(١٣) في الأصل ، م : « يملك » .

من جهة الموروث ، فلا يملك إلا ما خلفه ، وما تصرف فيه في حياته ، لا ينتقل إلى الوارث ، والمنافع التي أجزها قد خرجت عن ملكه بالإجارة ، فلا تنتقل إلى الوارث . والبطن الثاني في الوقف يملكون من جهة الواقف ، فما حدث فيها^(١٤) بعد البطن الأول كان ملكاً لهم ، فقد صادف تصرف المؤجر في^(١٥) ملكهم من غير إذنهم ، ولا ولاية عليهم ، فلم يصح . ويخرج أن تبطل الإجارة كلها ، بناءً على تفريق الصفة . وهذا التفصيل مذهب الشافعي . فعلى هذا إن كان المؤجر قبض الأجر كله ، وقلنا : تنفسخ الإجارة . فلن انتقل إليه الوقف^(١٦) أخذه ، ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصة الباقي من الأجر . وإن قلنا : لا تنفسخ . رجع من انتقل إليه الوقف على التركة بحصته .

و ٩٤/٥

فصل : وإن أجز الولي الصبي ، أو ماله مدة ، فبلغ في أثنائها ، فقال أبو الخطاب : ليس له فسوخ الإجارة ؛ لأنه عقد لازم ، عقده بحق الولاية ، فلم يبطل بالبلوغ ، كما لو باع داره أو زوجته . ويحتمل أن تبطل الإجارة فيما بعد زوال الولاية ، على ما ذكرنا في إجارة الوقف . ويحتمل أن يفرق بين ما إذا أجره مدة يتحقق بلوغه في أثنائها ، مثل إن أجره عامين وهو ابن أربع عشرة ، فتبطل في السادس عشر ؛ لأننا نتيقن أنه أجره فيها بعد بلوغه . وهل يصح في الخامس عشر ؟ على وجهين ، بناءً على تفريق الصفة . وبين ما إذا لم يتحقق بلوغه في أثنائها ، كالذي أجره في الخامس عشر وحده ، فبلغ في أثنائه ، فيكون فيه ما قد ذكرنا في صدر الفصل ؛ لأننا لو قلنا : يلزم الصبي^(١٧) بعد البلوغ^(١٨) بعقد الولي مدة يتحقق بلوغه فيها ، أفضى إلى أن يعقد على جميع منافع طول عمره ، وإلى أن يتصرف فيه في غير زمن ولايته عليه ، ولا يشبه النكاح ؛ لأنه

(١٤) في ب : منها .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) في الأصل زيادة : على .

(١٧ - ١٨) سقط من : ب ، م .

لا يُمكنُ تَقْدِيرُ مُدَّتِهِ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُعَقَّدُ لِلأَبَدِ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إذا بَلَغَ الصَّبِيُّ ، فله الْخِيَارُ ؛ لَأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى مَنَافِعِهِ فِي حَالٍ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي نَفْسِهِ ، فَإِذَا^(١٨) مَلَكَ ، ثَبَتَ لَهُ الْخِيَارُ ، كَالْأَمَةِ إِذَا أُعْتِقَتْ تَحْتَ زَوْجٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقَدَ لَارِئِمَ ، عَقْدَ عَلَيْهِ قَبْلَ أَنْ يَمْلِكَ التَّصَرُّفَ ، فَإِذَا مَلَكَهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْخِيَارُ ، كَالْأَبِ إِذَا زَوَّجَ وَلَدَهُ . وَمَا قَاسُوا عَلَيْهِ إِنَّمَا يَثْبُتُ لَهَا الْخِيَارُ إِذَا أُعْتِقَتْ تَحْتَ عَبْدٍ ، لِأَجْلِ الْعَيْبِ ، لِأَمَّا ذَكَرَهُ ، وَلِهَذَا لَوْ أُعْتِقَتْ تَحْتَ حُرٍّ ، لَمْ يَثْبُتْ لَهَا الْخِيَارُ . وَإِنْ مَاتَ الْوَلِيُّ الْمُؤَجَّرُ لِلصَّبِيِّ أَوْ مَالِهِ ، أَوْ عَزَلَ ، وَانْتَقَلَتِ الْوِلَايَةُ إِلَى غَيْرِهِ ، لَمْ يَنْطَلِ عَقْدُهُ ؛ لَأَنَّهُ تَصَرَّفَ ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، فِي مَحَلٍّ وَلَايَتِهِ ، فَلَمْ يَنْطَلِ تَصَرُّفُهُ بِمَوْتِهِ أَوْ عَزْلِهِ ، كَالْوَمَاتِ نَاضِرِ الْوَقْفِ أَوْ عَزَلَ ، أَوْ مَاتَ الْحَاكِمُ بَعْدَ تَصَرُّفِهِ فِيمَا لَهُ النَّظَرُ فِيهِ . وَيُقَارَقُ مَا لَوْ أُجَرَ الْمُوقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفُ مُدَّةً ، ثُمَّ مَاتَ فِي أَثْنَائِهَا ؛ لَأَنَّهُ أُجَرَ مَلِكٌ غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فِي مُدَّةٍ لَا وَِلَايَةَ لَهُ فِيهَا ، وَهَهُنَا إِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْوَلِيِّ الثَّانِي الْوِلَايَةُ^(١٩) فِي التَّصَرُّفِ^(٢٠) فِيمَا لَمْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ الْأَوَّلُ ، وَهَذَا الْعَقْدُ قَدْ تَصَرَّفَ فِيهِ الْأَوَّلُ ، فَلَمْ يَثْبُتْ لِلثَّانِي وَِلَايَةُ عَلَى مَا تَنَازَلَهُ .

فصل : وَإِنْ أُجَرَ عَبْدُهُ مُدَّةً ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ فِي أَثْنَائِهَا ، صَحَّ الْعِتْقُ ، وَلَمْ يَنْطَلِ عَقْدُ الْإِجَارَةِ ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، وَلَا يَرْجِعُ الْعَبْدُ عَلَى مَوْلَاهُ بِشَيْءٍ . وَهَذَا جَدِيدُ قَوْلِي الشافعي . وقال / فِي الْقَدِيمِ : يَرْجِعُ عَلَى مَوْلَاهُ بِأَجْرِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تُسْتَوْفَى مِنْهُ بِسَبَبٍ كَانَ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ ، فَرَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ ، كَالْوَأْكُرْهُهُ بَعْدَ عِتْقِهِ عَلَى ذَلِكَ الْعَمَلِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَنَفَعَةٌ اسْتَحَقَّتْ بِالْعَقْدِ قَبْلَ الْعِتْقِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِبَدْلِهَا . كَالْوَزْوَجِ أُمَّتَهُ ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا بَعْدَ دُخُولِ الزَّوْجِ بِهَا ، فَإِنَّ مَا يَسْتَوْفِيهِ السَّيِّدُ لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ . وَيُخَالِفُ الْمُكْرَهُ ؛ فَإِنَّهُ تَعَدَّى بِذَلِكَ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لِلْعَبْدِ الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ أَوْ الْإِمْضَاءِ ، كَالصَّبِيِّ إِذَا بَلَغَ ، لِلْمَعْنَى الَّتِي ذَكَرَهُ ثُمَّ^(٢١) . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقَدَ لَارِئِمَ ، عَقْدَهُ عَلَى

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « فَأَمَّا إِذَا » .

(١٩) - (١٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

ما يملكه ، فلا ينفسخ بالعتيق ، ولا يزول ملكه عنه ، كما لو زوج أمته ثم باعها . إذا ثبت هذا ، فإن نفقة العبد إن كانت مشروطة على المستأجر ، فهي عليه كما كانت ، وإن لم تكن مشروطة عليه^(٢١) ، فهي على معتقه ؛ لأنه^(٢٢) كالباقي على ملكه ، بدليل أنه يملك عوض نفعه ، ولأن العبد لا يقدر على نفقة نفسه ؛ لأنه مشغول بالإجارة ، ولا على المستأجر ؛ لأنه استحق منفعته بعوض غير نفقته ، لم يبق إلا أنها على المولى .

فصل : إذا أجر عينا ، ثم باعها ، صح البيع ، نص عليه أحمد ، سواء باعها للمستأجر أو لغيره . وبهذا قال الشافعي ، في أحد قوليّه ، وقال في الآخر : إن باعها لغير المستأجر ، لم يصح البيع ؛ لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم إلى المشتري ، فمنعت الصحة ، كما في بيع المعصوب . ولنا ، أن الإجارة عقد على المنافع ، فلم تمنع الصحة ، كما لو زوج أمته ، ثم باعها . وقولهم : يد المستأجر حائلة دون التسليم . لا يصح ؛ لأن يد المستأجر إنما هي على المنافع ، والبيع على الرقية ، فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر ، كما لو باع الأمة المزوجة ، ولئن منعت التسليم في الحال ، فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه ، وهو عند انقضاء الإجارة ، ويكفي القدرة على التسليم حينئذ ، كالمسلم فيه . وقال أبو حنيفة : البيع موقوف على إجارة المستأجر فإن أجزأه جاز ، وبطلت الإجارة ، وإن رده بطل . ولنا ، أن البيع على غير المعقود عليه في الإجارة ، فلم تعتبر إجازته ، كبيع الأمة المزوجة . إذا ثبت هذا ، فإن المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الإجارة ، ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ ؛ لأن تسليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها ، ونفعها إنما يستحقه إذا انقضت الإجارة ، فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينا في مكان بعيد ، / فإنه لا يستحق تسليمها إلا بعد مضي مدة يمكن إحضارها فيها .

و ٩٥/٥

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) سقط من : الأصل .

بالإجارة ، فله الخيار بين الفسخ وإمضاء البيع بكل الثمن ؛ لأن ذلك غيب ونقص .

فصل : فإن اشتراها المستأجر ، صح البيع أيضا ؛ لأنه يصح بيعها لغيره ، فله أولى ، لأن العين في يده . وهل تبطل الإجارة ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تبطل ؛ لأنه ملك^(٢٣) المنفعة بعقد ، ثم ملك الرقبة المسلوبة بعقد آخر ، فلم يتنافيا ، كما يملك الثمرة بعقد ، ثم يملك الأصل بعقد آخر . ولو أجزر الموصى له بالمنفعة مالك الرقبة ، صحَّت الإجارة ، فدلَّ على أن ملك المنفعة لا يتنافى العقد على الرقبة . وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها ، جاز . فعلى هذا يكون الأجر باقيا على المشتري ، وعليه الثمن ، ويجتمعان للبائع ، كما لو كان المشتري غيره . والثاني ، تبطل الإجارة فيما بقي من المدة ؛ لأنه عقد على منفعة العين ، فطلَّ ملك العاقد للعين ، كالنكاح ، فإنه لو تزوج أمة ، ثم اشتراها ، بطل نكاحه ، ولأن ملك الرقبة يمنع ابتداء الإجارة ، فمنع استدامتها ، كالنكاح . فعلى هذا ، يسقط عن المشتري الأجر فيما بقي من مدة الإجارة ، كما لو بطلت الإجارة بتلف العين . وإن كان المؤجر قد قبض الأجر كله ، حسَب عليه باقى الأجر من الثمن .

فصل : وإن ورث المستأجر العين المستأجرة ، فالحكم فيه كما لو اشتراها ، في بطلان الإجارة أو بقائها ، إلا أنه لا فرق في الحكم بين فسخ الإجارة وبقائها ، فلو استأجر إنسان من أبيه دارا ، ثم مات أبوه ، وخلف ابني ، أحدهما هو المستأجر ، فإن الدار تكون بينهما نصفين ، والمستأجر أحق بها ؛ لأن النصف الذى لأخيه الإجارة باقية فيه ، والنصف الذى ورثه يستحقه ، إما بحكم الملك ، وإما بحكم الإجارة ، وما عليه من الأجر بينهما نصفين . وإن كان أبوه قد قبض الأجر ، لم يرجع بشيء منه على أخيه ، ولا تركه أبيه ، ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين ؛ لأنه لو رجع بشيء أفضى إلى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته^(٢٤) ، وورث أخوه نصفا مسلوب

(٢٣) في م : « ملك » .

(٢٤) فى الأصل : « بالمنفعة » .

الْمَنْفَعَةِ ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ قَدْ سَوَّى بَيْنَهُمَا فِي الْمِيرَاثِ . وَلِأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ يَنْصِفُ أَجْرَ النِّصْفِ
الَّذِي انْتَقَضَتْ الْإِجَارَةُ فِيهِ ، لَوَجَبَ أَنْ يَرْجَعَ أَخُوهُ يَنْصِفُ الْمَنْفَعَةَ الَّتِي انْتَقَضَتْ
الْإِجَارَةُ فِيهَا ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْمَعَ لَهُ بَيْنَ الْمَنْفَعَةِ / وَأَخْذِ عَوْضِهَا مِنْ غَيْرِهِ . ط ٩٥/٥

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى الْمُسْتَأْجِرُ الْعَيْنَ ، ثُمَّ وَجَدَهَا مَعِيَّةً ، فَرَدَّهَا ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا
تَنْفَسُخُ الْإِجَارَةُ بِالْبَيْعِ . فَهِيَ بَاقِيَةٌ بَعْدَ رَدِّ الْعَيْنِ كَمَا كَانَتْ قَبْلَ الْبَيْعِ . وَإِنْ قُلْنَا : قَدْ
انْفَسَخَتْ . فَالْحُكْمُ فِيهَا كَمَا لَوْ انْفَسَخَتْ بِتَلْفِ الْعَيْنِ . وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرَى أَجْنَبِيًّا ،
فَرَدَّ الْمُسْتَأْجِرُ الْإِجَارَةَ لِعَيْبٍ ، فَيَنْبَغِي أَنْ تَعُودَ الْمَنْفَعَةُ إِلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ عَوْضَهَا
عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، فَإِذَا سَقَطَ الْعَوْضُ ، عَادَ إِلَيْهِ الْمُعَوَّضُ . وَلِأَنَّ الْمُشْتَرَى مَلَكَ الْعَيْنَ
مَسْلُوبَةَ الْمَنْفَعَةِ ، مُدَّةَ الْإِجَارَةِ ، فَلَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ ، مَا لَمْ يَمْلِكْهُ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ
الشَّافِعِيِّ : يَرْجِعُ إِلَى ^(٢٥) الْمُشْتَرَى ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ تَابِعَةٌ لِلرَّقِيبَةِ ، وَإِنَّمَا اسْتَحَقَّتْ بِعَقْدِ
الْإِجَارَةِ ، فَإِذَا زَالَتْ عَادَتْ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى أُمَةً مُزَوَّجَةً ، فَطَلَّقَهَا ^(٢٦) الزَّوْجُ . وَلَا
يَصِحُّ هَذَا الْقِيَاسُ ؛ فَإِنَّ مَنَفَعَةَ الْبُضْعِ قَدْ اسْتَقَرَّ عَوْضُهَا لِلْبَائِعِ بِمَجَرَّدِ دُخُولِ الزَّوْجِ
بِهَا ، وَلَا يَنْقَسِمُ الْعَوْضُ عَلَى الْمُدَّةِ ، وَلِهَذَا لَا يَرْجِعُ الزَّوْجُ بِشَيْءٍ مِنَ الصَّدَاقِ فِيمَا إِذَا
انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، أَوْ وَقَعَ الطَّلَاقُ ، بِخِلَافِ الْأَجْرِ فِي الْإِجَارَةِ ؛ فَإِنَّ الْمُؤَجَّرَ يَسْتَحِقُّ
الْأَجْرَ فِي مُقَابَلَةِ الْمَنْفَعَةِ مَقْسُومًا عَلَى مُدَّتِّهَا ، فَإِذَا كَانَ لَهُ عَوْضُ الْمَنْفَعَةِ الْمُسْتَقْبَلَةِ ،
فَزَالَ بِالْفَسْخِ ، رَجَعَ إِلَيْهِ مُعَوَّضُهَا ، وَهُوَ الْمَنْفَعَةُ . وَلِأَنَّ مَنَفَعَةَ الْبُضْعِ لَا يَجُوزُ أَنْ
تُمْلِكَ بِغَيْرِ مِلْكِ الرَّقِيبَةِ أَوْ النِّكَاحِ ، فَلَوْ رَجَعَتْ إِلَى الْبَائِعِ ، لَمِلَكْتَ بِغَيْرِهِمَا . وَلِأَنَّهَا
مِمَّا لَا يَجُوزُ لِلزَّوْجِ نَقْلُهَا إِلَى غَيْرِهِ ، وَلَا الْمُعَاوَضَةُ عَنْهَا ، وَمَنْفَعَةُ الْبَدَنِ بِخِلَافِهَا .

فصل : وَإِذَا وَقَعَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى عَيْنٍ ، مِثْلُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ ، أَوْ لِرِعَايَةِ
الْعَنَمِ ، أَوْ جَمَلًا لِلْحَمْلِ أَوْ لِلرُّكُوبِ ، فَتَلَفَتْ ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ بِتَلْفِهَا . وَإِنْ خَرَجَتْ
مُسْتَحَقَّةً ، تَبَيَّنَا أَنَّ الْعَقْدَ بَاطِلٌ . وَإِنْ وَجَدَهَا عَيْبًا فَرَدَّهَا ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ ، وَلَمْ يَمْلِكْ

(٢٥) سقط من : الأصل . . .

(٢٦) في الأصل : « ثم طلقها » .

إِبْدَالُهَا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ عَلَى مُعَيَّنٍ ، فَتَبَيَّنَتْ هَذِهِ الْأَحْكَامُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَيْنًا . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى عَيْنٍ مَوْصُوفَةٍ فِي الذِّمَّةِ ، انْعَكَسَتْ هَذِهِ الْأَحْكَامُ ، فَمَتَى سَلَّمَ إِلَيْهِ ^(٢٧) عَيْنًا فَتَلَفَتْ ، لَمْ تَنْفَسِخِ الْإِجَارَةُ ، وَلَزِمَ الْمُؤَجِّرُ إِبْدَالَهَا . وَإِنْ عَرَجَتْ مَعْصُوبَةً ، لَمْ يُبْطَلِ الْعَقْدُ ، وَلَزِمَهُ بَدْلُهَا . وَإِنْ وَجَدَهَا عَيِّبًا فَرَدَّهَا ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ غَيْرُ هَذِهِ الْعَيْنِ ، وَهَذِهِ بَدَلٌ عَنْهُ ، فَلَمْ يُؤْثَرْ تَلَفُهَا ، وَلَا غَضَبُهَا ، وَلَا رَدُّهَا بِعَيْبٍ ، فِي إِبْطَالِ الْعَقْدِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى بِشَيْءٍ فِي الذِّمَّةِ ، عَلَى مَا قُرِّرَ فِي مَوْضِعِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قُلْتُمْ فِي ^(٢٨) مَنْ اكْتَرَى جَمَلًا لِيُرْكَبَهُ ، جَازَ أَنْ يُرْكَبَهُ مَنْ هُوَ مِثْلُهُ . وَلَوْ اكْتَرَى أَرْضًا لِلزَّرْعِ شَيْءٌ بِعَيْنِهِ ، جَازَ لَهُ زَرْعُ / مَا هُوَ مِثْلُهُ ^(٢٩) أَوْ دُونَهُ فِي الضَّرَرِ ، فَلِمَ قُلْتُمْ : إِذَا اكْتَرَى جَمَلًا بِعَيْنِهِ لَا يَجُوزُ أَنْ يُبَدِّلَهُ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ^(٣٠) مَنَفْعَةُ الْعَيْنِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ غَيْرَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَيْنًا ، ^(٣١) لَا يَجُوزُ ^(٣٢) أَنْ يَأْخُذَ بِغَيْرِهَا . وَالرَّاكِبُ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ ، إِنَّمَا هُوَ مُسْتَوْفٍ لِلْمَنَفْعَةِ ، وَإِنَّمَا تُشْتَرَطُ مَعْرِفَتُهُ ^(٣٣) لِتَقْدِيرِ بِهِ ^(٣٤) الْمَنَفْعَةِ ^(٣٥) ، لَا لِكَوْنِهِ مَعْقُودًا عَلَيْهِ . وَكَذَلِكَ الزَّرْعُ فِي الْأَرْضِ ، فَإِنَّمَا يُعَيَّنُ لِيُعْرَفَ بِهِ قَدْرُ الْمَنَفْعَةِ الْمُسْتَوْفَاةِ ، فَيَجُوزُ الاسْتِيفَاءُ بِغَيْرِهَا ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ الْمُشْتَرِي غَيْرَهُ فِي اسْتِيفَاءِ الْمَبِيعِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَلَفَ الْبَعِيرُ أَوْ الْأَرْضُ ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ ، وَلَوْ مَاتَ الرَّاكِبُ ، أَوْ تَلَفَ الْبَذْرُ ، لَمْ تَنْفَسِخِ الْإِجَارَةُ ، وَجَازَ أَنْ يَقُومَ غَيْرُهُ مَقَامَهُ ، فَافْتَرَقَا .

(٢٧) فِي ب : « إِلَيْهَا » .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ م : .

(٢٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣١ - ٣٢) فِي ب : « لَمْ يَجُزْ » .

(٣٢ - ٣٣) فِي م : « لِتَقْدِيرِ » .

٨٩٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَقَارًا ، فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَهُ غَيْرَهُ إِذَا كَانَ يَقُومُ مَقَامَهُ)

وجملته أن من استأجر عقاراً للسكنى ، فله أن يسكنه ، ويسكن فيه من شاء ممن يقوم مقامه في الضرر ، أو دونه ، ويضع فيه ما جرت عادة الساكنين به ، من الرحل^(١) والطعام ، ويخزن فيها الثياب وغيرها مما لا يضر بها ، ولا يسكنها ما يضر بها ، مثل القصارين والحدادين ؛ لأن ذلك يضر بها . ولا يجعل فيها الدواب ؛ لأنها تروث فيها وتفسدها . ولا يجعل فيها السرجين^(٢) ، ولا رحي ، ولا شيئاً يضر بها . ولا يجوز أن يجعل فيها شيئاً ثقيلاً فوق سقف ؛ لأنه يثقله ويكسر خشبه . ولا يجعل فيها شيئاً يضر بها ، إلا أن يشترط ذلك . وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي . ولا تعلم فيه مخالفاً . وإنما كان كذلك ؛ لأن له استيفاء المعقود عليه بنفسه ونائبه ، والذي يسكنه نائب عنه في استيفاء المعقود عليه ، فجاز ، كما لو وكل وكيلًا في قبض المبيع ، أو دين له . ولم يملك فعل ما يضر بها ؛ لأنه فوق المعقود عليه ، فلم يكن له فعله ، كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه . فأما أن يجعل الدار مخزنًا للطعام ، فقد قال أصحابنا : يجوز ذلك ؛ لأنه يجوز أن يجعلها مخزنًا لغيره . ويحتمل أن لا يجوز ؛ لأن ذلك يفضي إلى تحريق النار أرضها وحيطانها ، وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار .

فصل : وإذا اكترى داراً ، جاز إطلاق العقيد ، ولم يحتج إلى ذكر السكنى ، ولا صفتها . وهذا قول الشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور : لا يجوز ، حتى يقول : أبيت نحتها أنا وعيالي ؛ لأن السكنى تختلف ، ولو اكترها ليسكنها ، فتزوج امرأة ، لم يكن له أن يسكنها معه . / ولنا ، أن الدار لا تكثرى إلا للسكنى ،

ظ ٩٦/٥

(١) في م : الرحال .

(٢) السرجين : الزبل .

فاستُعْنِيَ عَنْ ذِكْرِهِ ، كإِطْلَاقِ الثَّمَنِ فِي بَلَدٍ فِيهِ تَقَدُّ مَعْرُوفٌ ^(٣) ، وَالتَّفَاوُثُ فِي السُّكْنَى يَسِيرٌ ، فَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى ضَبْطِهِ ^(٤) ، وَمَا ذَكَرَهُ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الضَّرَرَ لَا يَكَادُ يَخْتَلِفُ بِكَثْرَةِ مَنْ يَسْكُنُ ^(٥) ، وَقَلَّتِهِمْ ، وَلَا يُمَكِّنُ ضَبْطُ ذَلِكَ ، فَاجْتَزَى فِيهِ بِالْعُرْفِ ، كَمَا فِي دُخُولِ الْحَمَامِ وَشِبْهِهِ . وَلَوْ اشْتَرَطَ مَا ذَكَرَهُ ، لَوَجَبَ أَنْ يَذْكُرَ عَدَدَ السُّكَّانِ ، وَأَنْ لَا يَبَيِّنَ عِنْدَهُ ضَيْفٌ ، وَلَا زَائِرٌ ، وَلَا غَيْرٌ مِّنْ ذَكَرَهُ ، وَلَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَعْلَمَ صِفَةَ السَّاكِنِ ، كَمَا يَعْلَمُ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا اكْتَرَى لِلرُّكُوبِ .

فصل : وَإِذَا اكْتَرَى ظَهَرَ الْيَرَكَبُ ، فَلَهُ أَنْ يُرَكِّبَهُ مِثْلَهُ ، وَمَنْ هُوَ أَخَفُّ مِنْهُ ، وَلَا يُرَكِّبُهُ مَنْ هُوَ أَثْقَلُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ اقْتَضَى اسْتِيفَاءَ مَنْفَعَةٍ مُّقَدَّرَةٍ بِذَلِكَ الرَّائِبِ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ وَنَائِبِهِ ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ أَقْلَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِي بَعْضَ مَا يَسْتَحِقُّهُ ، وَلَيْسَ لَهُ اسْتِيفَاءُ أَكْثَرِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ أَكْثَرَ مِمَّا عَقَدَ عَلَيْهِ . وَلَا يُشْتَرَطُ التَّسَاوِي فِي الطُّوْلِ وَالْقَصَرِ ، وَلَا الْمَعْرِفَةَ بِالرُّكُوبِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مِثْلَهُ فِي هَذِهِ الْأَوْصَافِ كُلِّهَا ؛ لِأَنَّ قِلَّةَ الْمَعْرِفَةِ بِالرُّكُوبِ تُثْقِلُ عَلَى الْمَرْكُوبِ ، وَتُضَرُّ بِهِ . قَالَ الشَّاعِرُ :

لَمْ يَرْكَبُوا الْحَيْلَ إِلَّا بَعْدَ مَا كَبُرُوا فَهُمْ ثِقَالٌ عَلَى أَعْجَازِهَا عُنْفٌ ^(٥)
وَلَنَا ، أَنَّ التَّفَاوُثَ فِي هَذِهِ الْأُمُورِ بَعْدَ التَّسَاوِي فِي الثَّقَلِ يَسِيرٌ ، فَعُمِيَ عَنْهُ ، وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُهُ فِي الْإِجَارَةِ ، وَلَوْ اُعْتَبِرَ ذَلِكَ لَاشْتَرَطْتُ مَعْرِفَتَهُ فِي الْإِجَارَةِ ، كَالثَّقَلِ وَالْخَفَّةِ .

فصل : فَإِنْ شَرَطَ أَنْ لَا يَسْتَوْفِيَ الْمَنْفَعَةَ بِمِثْلِهِ ، وَلَا بَعْنٍ ^(٦) هُوَ دُونُهُ ، فَمِقْيَاسُ

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « سَكَن » .

(٥) فِي م : « فَهُمْ ثَقِيلٌ » . وَالْبَيْتُ فِي اللِّسَانِ ، وَالتَّاجِ (ع ن ف) .

(٦) فِي ب ، م : « مِنْ » .

قول أصحابنا صححة العقد ، وبطلان الشرط ، ^(٧) فإن القاضي ^(٨) قال في من شرط أن يزرع في الأرض حنطة ، ولا يزرع غيرها : يبطل الشرط ، ويصح العقد . ويحتمل أن يصح الشرط . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر ، فلا يملك ما لم يرض به ، ولأنه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة . وقالوا في الوجه الآخر : يبطل الشرط ؛ لأنه ينافي موجب العقد ، إذ موجب ملك المنفعة ، والتسلط على استيفائها بنفسه وبنائيه ، واستيفاء بعضها بنفسه ، وبعضها ببنائه ، والشرط ينافي ذلك ، فكان باطلا . وهل يبطل به العقد ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يبطله ؛ لأنه لا يؤثر في حق المؤجر نفعاً ولا ضرراً ، فالغنى ، وبقي العقد على مقتضاه . والآخر يبطله ؛ لأنه ينافي مقتضاه ، فأشبهه مالو شرط أن لا يستوفى المنافع .

٩٧/٥ و

فصل : ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها . نص عليه أحمد . وهو قول سعيد بن المسيب ، وابن سيرين ، ومجاهد ، وعكرمة ، وأبي سلمة ^(٩) بن عبد الرحمن ، والنخعي ، والشعبي ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وذكر القاضي فيه رواية أخرى ، أنه لا يجوز ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن ^(١٠) . والمنافع لم تدخل في ضمانه . ^(١١) ولأنه عقد على ما لم يدخل في ضمانه ^(١٢) ، فلم يجز ، كبيع المكيل والموزون قبل قبضه . والأول أصح ؛ لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع ، بدليل أنه يجوز التصرف فيها ، فجاز العقد عليها ، كبيع الثمرة على الشجرة . ويبطل قياس الرواية الأخرى بهذا ^(١٣) الأصل . إذا ثبت

(٧ - ٧) في الأصل ، م : « فإنه » .

(٨) في م : « وأبي سليمان » . خطأ .

(٩) تقدم تخريجه في : ٣٣٤/٦ .

(١٠ - ١٠) سقط من : الأصل .

(١١) في ب ، م : « لهذا » .

هذا^(١٢) فإنه لا تجوز إيجارته إلا لمن^(١٣) يقوم مقامه ، أو دونه في الضرر ؛ لما تقدم .
فأما إيجارؤها^(١٤) قبل قبضها ، فلا تجوز من غير المؤجر ، في أحد الوجهين . وهذا
قول أبي حنيفة ، والمشهور من قولي الشافعي ؛ لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة ،
فاغتر في جواز العقد عليها القبض ، كالأعيان . والآخر ، يجوز ، وهو قول بعض
الشافعية ؛ لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه ، فلم يقف جواز التصرف عليه .
فأما إيجارها قبل القبض من المؤجر ، فإذا قلنا : لا يجوز من غير المؤجر . كان فيها
هنا وجهان ؛ أحدهما ، لا يجوز ؛ لأنه عقد عليها قبل قبضها . والثاني ، يجوز ؛ لأن
القبض لا يتعذر عليه ، بخلاف الأجنبي . وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من
غير بائعه ، رواية واحدة ، وهل يصح من بائعه ؟ على روايتين . فأما إيجارها بعد قبضها
من المؤجر ، فجائزة . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجوز ؛ لأن ذلك
يؤدي إلى تناقض الأحكام ، لأن التسليم مستحق على^(١٥) الكراء ، فإذا^(١٦) اكترأها
صار مستحقاً له ، فيصير مستحقاً لما يستحق عليه ، وهذا تناقض . ولنا ، أن كل عقد
جاز مع غير العاقد ، جاز مع العاقد ، كالبيع ، وما ذكرناه لا يصح ؛ لأن التسليم قد
حصل ، وهذا المستحق له تسليم آخر . ثم يطل بالبيع ، فإنه يستحق عليه تسليم
العين ، فإذا اشترأها استحق تسليمها . فإن قيل : التسليم هنا مستحق في جميع
المدة ، بخلاف البيع . قلنا : المستحق تسليم العين ، وقد حصل ، وليس عليه^(١٧)
تسليم آخر ، غير أن العين من ضمان المؤجر ، فإذا تعدرت المنافع بطل الدار أو
غصبها^(١٨) ، رجع عليه ؛ لأنها تعدرت بسبب كان في ضمانه .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في ب : « أن » .

(١٤) في الأصل : « إيجارته بها » .

(١٥ - ١٥) في الأصل : « المكترى فأما إذا » .

(١٦) في ب : « له » .

(١٧) في ب ، م : « وغصبها » .

فصل : ويجوز للمستأجر إجارة العين ، بمثل الأجر وزيادة . نص عليه أحمد .
وروى ذلك عن عطاء ، والحسن ، والزهرى . وبه قال الشافعى ، وأبو ثور ، وابن
المنذر . وعن أحمد ، أنه إن أحدث / في العين زيادة ، جاز له أن يكرها بزيادة ، وإلا
لم تجز الزيادة ، فإن فعل ، تصدق بالزيادة . روى هذا الشافعى . وبه قال الثوري ،
وأبو حنيفة ؛ لأنه يربح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم
يضمن^(١٨) ، ولأنه يربح فيما لم يضمن ، فلم يجز ، كما لو ربح في الطعام قبل قبضه .
ويخالف ما إذا عمل عملاً فيها ؛ لأن الربح في مقابلة العمل . وعن أحمد ، رواية ثالثة ،
إن أذن له المالك في الزيادة ، جاز ، وإلا لم يجز . وكراه ابن المسيب ، وأبو سلمة ، وابن
سيرين ، ومجاهد ، وعكرمة ، والشافعى ، والنخعي ، الزيادة مطلقاً ؛ لدخولها في
ربح ما لم يضمن . ولنا ، أنه عقد يجوز برأس المال ، فجاز بزيادة ، كبيع المبيع بعد
قبضه ، وكما لو أحدث عمارة لا يقابلها جزء من الأجر ، وأما الخبر ، فإن المنافع قد
دخلت في ضمانه من وجه ، فإنها لو فاتت من غير استيفائه ، كانت من ضمانه . ولا
يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه ؛ فإن البيع ممنوع منه بالكلية ، سواء ربح
أو لم يربح ، وههنا جائز في الجملة ، وتعليقهم بأن الربح في مقابلة عمله ، ملغى بما
إذا كنس الدار ونظفها ، فإن ذلك يزيد في أجرها في العادة .

فصل : ونقل الأثر ، عن أحمد ، أنه سأل عن الرجل يتقبل العمل من الأعمال ،
فيقبله بأقل من ذلك ، أم يجوز له الفضل ؟ قال : ما أدري ، هي مسألة فيها بعض الشيء .
قلت : أليس كان الحياط أسهل عندك ، إذا قطع الثوب ، أو غيره إذا عمل في العمل
شيئاً ؟ قال : إذا عمل عملاً فهو أسهل . قال النخعي : لا بأس أن يتقبل الحياط الثياب
بأجر معلوم ، ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها ، أو يقطع ، أو يعطيه سلكاً أو إبراً ،
أو يخيط^(١٩) فيها شيئاً ، فإن لم يعن^(١٩) فيها بشيء ، فلا يأخذن فضلاً . وهذا يحتمل

(١٨) تقدم تخريجه في : ٣٣٤/٦ .

(١٩ - ١٩) سقط من : م .

أن يكون النَّحْيُ قَالَهُ مَبْنِيًّا عَلَى مَذْهَبِهِ ، فِي أَنْ مَنْ اسْتَأْجَرَ شَيْئًا لِيُؤْجِرَهُ بَرِيَادَةً . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ جَوَازُ ذَلِكَ ، سَوَاءً أَعَانَ فِيهَا بِشْيٍ أَوْ لَمْ يُعِنْ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ أَنْ يُقْبَلَهُ بِمِثْلِ الْأَجْرِ الْأَوَّلِ أَوْ ذُوئِهِ ، جَازَ بَرِيَادَةُ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَكَالْجَارَةِ الْعَيْنِ .

فصل : وَكُلُّ عَيْنٍ اسْتَأْجَرَهَا لِمَنْفَعَةٍ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ مِثْلَ تِلْكَ الْمَنْفَعَةِ وَمَا دُونَهَا فِي الضَّرَرِ . وَقَالَ أَحْمَدُ : إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً ، لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا ثَمَرًا . فَحَمَلَ عَلَيْهَا حِنْطَةً ، أَرَجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ ، إِذَا كَانَ الْوِزْنُ وَاحِدًا . فَإِنْ كَانَتِ الْمَنْفَعَةُ الَّتِي يَسْتَوْفِيهَا أَكْثَرَ ضَرَرًا ، أَوْ مُخَالَفَةً لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهَا فِي الضَّرَرِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِي أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ ، أَوْ غَيْرَ مَا يَسْتَحِقُّهُ ، فَإِذَا أَكْثَرَى دَابَّةً ، لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا حَدِيدًا ، لَمْ يَحْمِلْ عَلَيْهَا ^(٢٠) قُطْنًا ، لِأَنَّهُ يَتَجَاوَى ، وَتَهَبُّ فِيهِ الرِّيحُ ، فَيَتَعَبُ الظَّهْرُ . وَإِنْ أَكْثَرَاهَا لِحِمْلِ الْقُطْنِ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَحْمِلَ الْحَدِيدَ ؛ لِأَنَّهُ / يَجْتَمِعُ فِي ^(٢١) مَوْضِعٍ وَاحِدٍ ، فَيَثْقُلُ عَلَيْهِ ، وَالْقُطْنُ يَتَفَرَّقُ ، فَيَقِلُّ ضَرَرُهُ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَرْكَبَهُ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الرَّائِبَ يُعِينُ الظَّهْرَ بِحَرَكَتِهِ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْكَبَهُ ؛ لِأَنَّ الرَّائِبَ يَقْعُدُ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ ، فَيَسْتَنْدُ عَلَى الظَّهْرِ ، وَالْمَتَاعُ يَتَفَرَّقُ عَلَى جَنْبَيْهِ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَرْكَبَهُ عَرِيًّا ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْكَبَهُ بِسَرَجٍ ؛ لِأَنَّهُ يَحْمِلُ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِمَّا عَقَدَ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَرْكَبَهُ بِسَرَجٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْكَبَهُ عَرِيًّا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا رَكِبَ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ سَرَجٍ حَمَى ظَهْرَهُ ، فَرُبَّمَا عَقَرَهُ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَرْكَبَهُ بِسَرَجٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْكَبَهُ بِأَثْقَلٍ ^(٢٢) مِنْهُ . فَلَوْ أَكْثَرَى جِمَارًا بِسَرَجٍ ^(٢٣) لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْكَبَهُ بِسَرَجِ الْبَرْدُونِ ، إِذَا كَانَ أَثْقَلَ مِنْ سَرَجِهِ . وَإِنْ أَكْثَرَى دَابَّةً بِسَرَجٍ ، فَرَكَبَهَا بِأَكْثَرِ أَثْقَلٍ مِنْهُ ، أَوْ أَضَرَّ ، لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ كَانَ أَحَفَّ ، وَأَقْلَّ ضَرَرًا ، فَلَا بَأْسَ . وَمَتَى فَعَلَ مَا لَيْسَ لَهُ فِعْلُهُ ، كَانَ ضَامِمًا ، وَعَلَيْهِ الْأَجْرُ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) في ب : « على » .

(٢٢) في م : « بأكثر » .

(٢٣) سقط من : ب ، م .

فصل : وإن اُكْتَرَى دَابَّةٌ لَيْرَ كَبْهَا فِي مَسَافَةٍ مَعْلُومَةٍ ، أَوْ يَحْمِلُ عَلَيْهَا فِيهَا ، فَأَرَادَ الْعُدُولَ بِهَا إِلَى نَاحِيَةٍ أُخْرَى مِثْلَهَا فِي الْقَدْرِ أَضَرَّ مِنْهَا ، أَوْ تَخَالَفَ ضَرَرَهَا ، بَأَن تَكُونَ إِحْدَاهُمَا أَحْسَنَ وَالْأُخْرَى أَخْوَفَ ، لَمْ يَجْزُ . وَإِن كَانَ مِثْلَهَا فِي السُّهُولَةِ وَالْحُزُونَةِ وَالْأَمْنِ ، أَوِ التِّي يَعْدِلُ إِلَيْهَا أَقْلُ ضَرَرًا ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَجُوزُ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَسَافَةَ عُنِيتْ لِيَسْتَوْفَى بِهَا الْمَنْفَعَةُ ، وَيَعْلَمَ قَدْرَهَا بِهَا ، فَلَمْ تَتَّعَيْنَ ، كَنُوعِ الْمَحْمُولِ وَالرَّائِبِ . وَيَقْوَى عِنْدِي ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ لِلْمُكْرَى غَرَضٌ فِي تِلْكَ الْجِهَةِ الْمُعَيَّنَةِ ، لَمْ يَجْزِ الْعُدُولُ إِلَى غَيْرِهَا ، مِثْلُ ^(٢٤) مَنْ يُكْرَى جِمَالُهُ إِلَى مَكَّةَ فَيُحْجُ ^(٢٤) مَعَهَا ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَذْهَبَ بِهَا إِلَى غَيْرِهَا . وَلَوْ أَكْرَاهَا إِلَى بَغْدَادَ ، لِكَوْنِ أَهْلِهَا ، أَوْ بَيْلَدِ الْعِرَاقِ ، لَمْ يَجْزِ الذَّهَابُ بِهَا إِلَى مِصْرَ . وَلَوْ أَكْرَى جِمَالَهُ جُمْلَةً إِلَى بَلَدٍ ، لَمْ يَجْزِ لِلْمُسْتَأْجِرِ التَّفْرِيقَ بَيْنَهَا ، بِالسَّفَرِ بَعْضُهَا إِلَى جِهَةٍ ، وَبِاقِهَا إِلَى جِهَةٍ أُخْرَى ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ عَيْنَ الْمَسَافَةِ لِعَرَضٍ فِي قَوَاتِهِ ضَرَرٌ ، فَلَمْ يَجْزِ تَقْوِيَتُهُ ، كَمَا فِي حَقِّ الْمُكْرَى ^(٢٥) ، فَإِنَّهُ لَوْ أَرَادَ حَمْلَهُ إِلَى غَيْرِ الْمَكَانِ الَّذِي اُكْتَرَى إِلَيْهِ ، لَمْ يَجْزُ ، وَكَأَلَوْ عَيْنَ طَرِيقًا سَهْلًا أَوْ آمِنًا ، فَأَرَادَ سُلُوكَ مَا يُخَالِفُهُ فِي ذَلِكَ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَكْتَرَى قَمِيصًا لِيَلْبَسَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الِاتِّفَاعَ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَجَارَتْ إِجَارَتُهُ ، كَالْعَقَارِ . وَلَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ الْمَنْفَعَةِ بِالْمُدَّةِ . وَإِن كَانَتْ عَادَةُ أَهْلِ بَلَدِهِ نَزْعُ ^(٢٦) ثِيَابِهِمْ عِنْدَ النَّوْمِ فِي اللَّيْلِ ، فَعَلَيْهِ نَزْعُهُ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْإِطْلَاقَ يُحْمَلُ عَلَى الْمُعْتَادِ / ، وَلَهُ لُبْسُهُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ . وَإِن نَامَ نَهَارًا ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ نَزْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ الْعَرْفُ . وَيَلْبَسُ الْقَمِيصَ عَلَى مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَرَّ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُ عَلَيْهِ فَيَشْقُقُهُ ^(٢٧) ، وَفِي اللَّبْسِ لَا يَعْتَمِدُ . وَيَجُوزُ أَنْ يَرْتَدِيَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَخْفُ . وَمَنْ مَلَكَ

٩٨/٥ ظ

(٢٤ - ٢٤) فِي الْأَصْلِ : « أَنْ تَكُونَ جِمَالُهُ إِلَى مَكَّةَ لِيَحْجُ » .

(٢٥) فِي ب ، م : « الْمُكْرَى » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « فِي » .

(٢٧) فِي الْأَصْلِ : « فَيَشْقُقُهُ » .

شَيْئًا ، مَلَكٌ مَا هُوَ أَحْفَ مِنْهُ . وَقِيلَ فِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِعْمَالٌ لَمْ تَجْرِ
الْعَادَةُ بِهِ فِي الْقَمِيصِ^(٢٨) ، أَشْبَهَ الْأَثَرَارَ بِهِ .

فصل : وَإِنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا ، صَحَّ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ ، وَلَا يَصِحُّ حَتَّى يَرَى الْأَرْضَ ؛ لِأَنَّ
الْمَنْفَعَةَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهَا ، وَلَا تُعْرَفُ إِلَّا بِالرُّؤْيَى ؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْضَبِطُ بِالصِّفَةِ ، وَلَا يَصِحُّ
حَتَّى يَذْكُرَ^(٢٩) مَا يَكْتَرِي لَهُ مِنْ زَرْعٍ أَوْ غَرْسٍ أَوْ بِنَاءٍ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ تَصْلُحُ لِهَذَا كُلِّهِ ،
وَتَأْتِيهِ فِي الْأَرْضِ يَخْتَلِفُ ، فَوَجَبَ بَيَانُهُ . فَإِنْ قَالَ : أَجَرْتُكَهَا لِتَزْرَعَها أَوْ تَغْرِسَها .
لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعَيِّنْ أَحَدَهُمَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ أَحَدَ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ ، وَإِنْ
قَالَ : لِتَزْرَعَها مَا شِئْتَ ، وَتَغْرِسَها^(٣٠) مَا شِئْتَ . صَحَّ . وَهَذَا مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ .
وَحَالَفَهُ أَكْثَرُ أَصْحَابِهِ ، فَقَالُوا : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَذَرِي كَمْ يَزْرَعُ وَيَغْرِسُ . وَقَالَ
بَعْضُهُمْ : يَصِحُّ ، وَيَزْرَعُ نَصْفَهَا ، وَيَغْرِسُ نَصْفَهَا . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَقْدَ اقْتَضَى إِبَاحَةَ هَذَيْنِ
الشَّيْئَيْنِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لِتَزْرَعَها مَا شِئْتَ . وَلِأَنَّ اخْتِلَافَ الْجِنْسَيْنِ كَاخْتِلَافِ
التَّوْعَيْنِ ، وَقَوْلُهُ : لِتَزْرَعَها مَا شِئْتَ . إِذْنٌ فِي تَوْعَيْنٍ وَأَنْوَاعٍ ، وَقَدْ صَحَّ ، فَكَذَلِكَ
فِي الْجِنْسَيْنِ ، وَلَهُ أَنْ يَغْرِسَها كُلَّهَا ، وَإِنْ أَحَبَّ زَرَعَها كُلَّهَا ، كَمَا لَوْ إِذْنٌ لَهُ فِي أَنْوَاعِ
الزَّرْعِ كُلِّهِ ، كَانَ لَهُ زَرْعُ جَمِيعِهَا تَوْعًا وَاحِدًا ، وَلَهُ زَرْعُهَا مِنْ تَوْعَيْنٍ ، كَذَلِكَ
هَهُنَا . وَإِنْ أَكْرَاهَا لِلزَّرْعِ وَحْدَهُ ، فَفِيهِ أَرْبَعُ مَسَائِلَ :

إِحْدَاهُنَّ ، أَكْرَاهَا لِلزَّرْعِ مُطْلَقًا ، أَوْ قَالَ : لِتَزْرَعَها مَا شِئْتَ . فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، وَلَهُ
زَرْعُ مَا شَاءَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ حَتَّى يَتَبَيَّنَ
الزَّرْعُ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ يَخْتَلِفُ ، فَلَمْ يَصِحَّ بِدُونِ الْبَيَانِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَذْكُرْ مَا يَكْتَرِي لَهُ مِنْ
زَرْعٍ أَوْ غَرْسٍ أَوْ بِنَاءٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِجَارُهَا لِأَكْثَرِ الزَّرْعِ ضَرَرًا ، وَيُبَاحُ لَهُ جَمِيعُ

(٢٨) فِي الْأَصْلِ : « الْقَمِيص » .

(٢٩) فِي مِيزَانِهِ : « لَهُ » .

(٣٠) فِي مِ : « أَوْ تَغْرِسَها » .

الأنواع ؛ لأنها دونه ، فإذا عَمَّ أو أَطْلَقَ ، تَنَاوَلَ الْأَكْثَرَ ، وكان له مادونه ، ويُخَالَفُ الأجناسَ الْمُخْتَلِفَةَ ؛ فإنه لا يَدْخُلُ بعضها في بعض . فإن قِيلَ : فلو اكْتَرَى ذَابَّةٌ لِلْمَرْكُوبِ ، لَوَجِبَ تَعْيِينُ الرَّاكِبِ . قُلْنَا : لَأَنَّ إِجَارَةَ الْمَرْكُوبِ لِأَكْثَرِ الرُّكَّابِ ضَرَرًا لَا تَجُوزُ ، بِخِلَافِ الْمَرْزُوعِ ، وَلَأَنَّ لِلْحَيَوَانَ حُرْمَةً فِي نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَجْزِ إِطْلَاقُ ذَلِكَ فِيهِ ، بِخِلَافِ الْأَرْضِ . فإن قِيلَ : فلو اسْتَأْجَرَ دَارًا لِلسُّكْنَى مُطْلَقًا ، لم يَجْزِ / أن يُسَكَّنَهَا مَنْ يَضُرُّهَا ، كَالْقَصَّارِ وَالْحَدَّادِ ، فَلِمَ قُلْتُمْ إِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَزَرَعَهَا مَا يَضُرُّهَا ؟ قُلْنَا : السُّكْنَى لَا تَقْتَضِي ضَرَرًا ، فَلِذَلِكَ مُنِعَ مِنْ إِسْكَانِ مَنْ يَضُرُّهَا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَقْتَضِهِ ، وَالزَّرْعُ يَقْتَضِي الضَّرَرَ ، فَإِذَا أُطْلِقَ كَانَ رَاضِيًا بِأَكْثَرِهِ ، فَلِهَذَا جَازَ . وليس له أن يَغْرِسَ في هذه الأرضِ ، وَلَا يَبْنِي ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ أَكْثَرُ مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ .

و ٩٩/٥

المسألة الثانية ، أَكْرَاهَا^(٣١) لِيَزْرَعَ حِنْطَةً ، أَوْ نَوْعَ بَعْثِهِ ، فَإِنَّ لَهُ زَرْعَ مَا عَيْنُهُ^(٣٢) وما ضَرَرَهُ كَضَرَرِهِ أَوْ دُونَهُ . وَلَا يَتَّعِنُ مَا عَيْنُهُ فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا دَاوُدَ وَأَهْلَ الظَّاهِرِ ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا : لَا يَجُوزُ لَهُ زَرْعُ غَيْرِ مَا عَيْنُهُ ، حَتَّى لَوْ وَصَفَ الْحِنْطَةَ بِأَنَّهَا سَمَرَاءُ ، لَمْ يَجْزِ لَهُ أَنْ يَزْرَعَ بَيْضَاءَ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُهُ بِالْعَقْدِ ، فَلَمْ يَجْزِ الْعُدُولُ عَنْهُ ، كَالْوَعْدِ الْمَرْكُوبِ ، أَوْ عَيْنِ الدَّرَاهِمِ فِي الثَّمَنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَنَفْعَةُ الْأَرْضِ دُونَ الْقَمْحِ ، وَلِهَذَا اسْتَقَرَّ^(٣٣) عَلَيْهِ الْعَوَضُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ ، إِذَا تَسَلَّمَ الْأَرْضَ . وَإِنْ لَمْ يَزْرَعْهَا ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْقَمْحَ لِتَقْدِيرِهِ الْمَنَفْعَةَ ، فَلَمْ يَتَّعِنِ ، كَالْوِاسْتِأْجَرِ دَارًا لِيَسْكُنَهَا ، كَانَ لَهُ أَنْ يُسَكَّنَهَا غَيْرَهُ . وَفَارَقَ الْمَرْكُوبَ ، وَالِدَّرَاهِمَ فِي الثَّمَنِ ، فَإِنَّهُمَا مَعْقُودٌ عَلَيْهِمَا ، فَتَعَيْنَا ، وَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ هُنَا مَنَفْعَةُ مُقَدَّرَةٌ ، وَقَدْ تَعَيَّنَتْ أَيْضًا ، وَلَمْ يَتَّعِنِ مَا قُدِّرَتْ بِهِ ، كَمَا لَا يَتَّعِنُ الْمِكْيَالُ وَالْمِيزَانُ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ .

المسألة الثالثة ، قَالَ : لِيَزْرَعْهَا حِنْطَةً ، وَمَا ضَرَرَهُ كَضَرَرِهَا ، أَوْ دُونَهُ . فَهَذِهِ

(٣١) فِي ب : « أَكْرَاهَا » .

(٣٢) فِي ب ، م : « يَعْنِي » .

(٣٣) فِي م : « يَسْتَقَر » .

كالتى قبلها ، إلا أنه لا مخالف فيها ؛ لأنه شرط ما اقتضاه الإطلاقي ، وبين ذلك تصريح نصه ، فزال الإشكال .

المسألة الرابعة ، قال : ليزرعها حنطة ، ولا يزرع غيرها . فذكر القاضى أن الشرط باطل ؛ لأنه يتنافى مقتضى العقد ، لأنه يقتضى استيفاء المنفعة كيف شاء ، فلم يصح الشرط ، كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه ، والعقد صحيح ؛ لأنه لا ضرر فيه ، ولا غرض^(٣٤) لأحد المتعاقدين ، لأن ما ضرره مثله ، لا يختلف في غرض^(٣٥) المؤجر ، فلم يؤثر في العقد ، فأشبهه شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه . وقد ذكرنا فيما إذا شرط مكررى الدار أنه لا يسكنها غيره ، وجهها في صحة الشرط ، ووجهها آخر في فساد العقد ، فيخرج ههنا مثله .

فصل : وإن أكرها للغراس ؛ فقيه ما ذكرنا من المسائل ، إلا أن له أن يزرعها ؛ لأن ضرر الزرع أقل من ضرر الغراس ، وهو من جنسه ، لأن كل واحد منهما يضرب بباطن الأرض . / وليس له البناء ؛ لأن ضرره مخالف لضرره ، فإنه يضرب بظاهر الأرض . وإن أكرها للزرع ، لم يكن له الغرس ولا البناء ؛ لأن ضرر الغرس أكثر ، وضرر البناء مخالف لضرره . وإن أكرها^(٣٦) للبناء ، لم يكن له الغرس ولا الزرع ؛ لأن ضررهما يخالف ضرره .

فصل : ولا تخلو الأرض من قسمين ؛ أحدهما ، أن يكون له ماء دائم ، إما من نهر لم تجر العادة بانقطاعه ، أو لا ينقطع إلا مدة لا يؤثر في الزرع ، أو من عين نابعة ، أو بركة من مياه الأمطار يجتمع فيها ثم يسقى به ، أو من يثر يقوم بكفائتها ، أو ما يشرب بعروقه لندوة الأرض ، وقرب الماء الذى تحت الأرض ، فهذا كله دائم . ويصح

(٣٤) فى الأصل : « عوض » .

(٣٥) فى م : « غير » .

(٣٦) فى الأصل : « أكرها » .

اسْتِجَارُهَا لِلْعَرْسِ وَالزَّرْعِ . بغيرِ خِلَافٍ عِلْمَتَاهُ . وكذلك الأَرْضُ الَّتِي تَشْرَبُ مِنْ مِيَاهِ الْأَمْطَارِ ، وَيُكْتَفَى^(٣٧) بِالْمُعْتَادِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِحُكْمِ الْعَادَةِ ، وَلَا يَنْقَطِعُ إِلَّا نَادِرًا ، فَهُوَ كَسَائِرِ الصُّوَرِ الْمَذْكُورَةِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ لَا يَكُونُ لَهَا مَاءٌ دَائِمٌ ، وَهِيَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا يَشْرَبُ مِنْ زِيَادَةِ مُعْتَادَةٍ تَأْتِي فِي وَقْتِ الْحَاجَةِ ، كَأَرْضِ مِصْرَ الشَّارِبَةِ مِنْ زِيَادَةِ النَّيْلِ ، وَمَا يَشْرَبُ مِنْ زِيَادَةِ الْفَرَاتِ وَأَشْبَاهِهِ ، وَأَرْضِ الْبَصْرَةِ الشَّارِبَةِ مِنَ الْمَدِّ وَالْجَزْرِ ، وَأَرْضِ دِمَشَقِ الشَّارِبَةِ مِنْ زِيَادَةِ بَرْدَى . أَوْ مَا يَشْرَبُ مِنَ الْأَوْدِيَةِ الْجَارِيَةِ مِنْ مَاءِ الْمَطَرِ ، فَهَذِهِ تَصِحُّ إِجَارَتُهَا قَبْلَ وُجُودِ الْمَاءِ الَّتِي تُسْقَى بِهِ وَبَعْدَهُ . وَحَكَى ابْنُ الصَّبَّاحِ ذَلِكَ مَذْهَبًا لِلشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَصْحَابُهُ : إِنْ أَكْرَاهَا بَعْدَ الزِّيَادَةِ ، صَحَّ ، وَلَا يَصِحُّ قَبْلَهَا ؛ لِأَنَّهَا مَعْدُومَةٌ ، لَا نَعْلَمُ هَلْ يَقْدِرُ عَلَيْهَا أَمْ^(٣٨) لَا . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مُعْتَادٌ ، الظَّاهِرُ وَجُودُهُ ، فَجَازَتْ إِجَارَةُ الْأَرْضِ الشَّارِبَةِ بِهِ ، كَالشَّارِبَةِ مِنْ مِيَاهِ الْأَمْطَارِ ، وَلِأَنَّ طَنَّْ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ فِي وَقْتِهِ يَكْفِي فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ ، كَالسَّلَامِ فِي الْفَاحِشَةِ إِلَى أَوَانِهَا . النَّوْعُ الثَّانِي ، أَنَّ يَكُونُ مَجِيءُ الْمَاءِ نَادِرًا ، أَوْ غَيْرَ ظَاهِرٍ ، كَالْأَرْضِ الَّتِي لَا يَكْفِيهَا إِلَّا الْمَطَرُ الشَّدِيدُ الْكَثِيرُ ، الَّذِي يَنْدُرُ وَجُودُهُ . أَوْ يَكُونُ شَرِبُهَا مِنْ قَبْضٍ وَادٍ مَجِيئُهُ نَادِرًا ، أَوْ مِنْ زِيَادَةِ نَادِرَةٍ فِي نَهْرٍ أَوْ عَيْنٍ غَالِيَةٍ ، فَهَذِهِ إِنْ أَجَرَهَا بَعْدَ وَجُودِ مَاءٍ يَسْقِيهَا بِهِ ، صَحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَنَ الْإِثْنَاعُ بِهَا وَزَرْعُهَا ، فَجَازَتْ إِجَارَتُهَا ، كَذَاتِ الْمَاءِ الدَّائِمِ . وَإِنْ أَجَرَهَا قَبْلَهُ لِلْعَرْسِ أَوِ الزَّرْعِ ، لَمْ يَصِحَّ ، لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الزَّرْعُ غَالِبًا ، وَيَتَعَذَّرُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ فِي الظَّاهِرِ ، فَلَمْ تَصِحَّ / إِجَارَتُهَا ، كَالْآبِقِ وَالْمَغْصُوبِ . وَإِنْ أَكْرَاهَا عَلَى أَنَّهَا لَا مَاءَ لَهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ يَتِمَكَّنُ^(٣٩) مِنَ الْإِثْنَاعِ بِهَا بِالتَّزْوِيلِ فِيهَا ، وَوَضْعِ رَحْلِهِ يَوْجَمَعُ الْحَطَبَ فِيهَا ، وَلَهُ أَنْ يَزْرِعَهَا جَاءَ الْمَاءُ . وَإِنْ حَصَلَ لَهُ مَاءٌ قَبْلَ زَرْعِهَا ، فَلَمْ يَزْرِعْهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ مَنَافِعِهَا الْمُتَمَكِّنِ اسْتِيفَاؤُهَا . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْيَنِيَ ، وَلَا يَغْرِسَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُرَادُّ لِلتَّأْيِيدِ . وَتَقْدِيرُ الْإِجَارَةِ بِمُدَّةٍ تَقْتَضِي تَفْرِيعَهَا

و ١٠٠/٥

(٣٧) فِي الْأَصْلِ : « وَيَكْفَى » .

(٣٨) فِي ب ، م : « أَوْ » .

(٣٩) فِي ب ، م : « يَتِمَكَّنُ » .

عند انقضاءها . فإن قيل : فلو استأجرها للغراس والبناء صحَّ مع تقدير المدة . قلنا : التصريح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاه ، بظاهره في التفرغ عند انقضاء المدة ، إلا أن يشترط قلَّع ذلك عند انقضاء المدة ، فيصرف الغراس والبناء عما يرادله بظاهره ، بخلاف مسألتنا . وإن أطلق إجازة هذه الأرض ، مع العلم بحالها ، وعدم مائها ، صحَّ ؛ لأنهما دخلا في العقد على أنها لا ماء لها ، فأشبهه ما لو شرطه . وإن لم يعلم عدم مائها^(٤٠) ، أو ظنَّ المكثري أنه يُمكنُ تحصيل ماء لها بوجه من الوجوه ، لم يصحَّ العقد ، ولأنه ربما دخل في العقد بناءً على أن المالك لها^(٤١) يُحصل لها ماء ، وأنه يكثر بها للزراعة مع تعدُّرها . وقيل : لا يصحَّ العقد مع الإطلاق وإن علم حالها^(٤٢) ؛ لأن إطلاق كراء الأرض يقتضي الزراعة . والأولى صحتها ؛ لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط ، كالعلم بالغيب يقوم مقام شرطه ، ومتى كان لها ماء غير دائم ، أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع ، أو لا يكفي الزرع ، فهي كالتي لا ماء لها . ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا .

فصل : وإن ائتمرت أرضاً غارقة بالماء ، لا يُمكنُ زرعها قبل انحساره عنها ، وقد ينحسر ولا ينحسر ، فالعقد باطل ؛ لأن الائتفاع بها في الحال غير مُمكن ، ولا يزول المانع غالباً . وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة ، كأرض مصر في وقت مد النيل ، صحَّ العقد ؛ لأن المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة . وإن كانت الزراعة فيها مُمكنة ، ويخاف غرقها ، والعادة غرقها ، لم يَجْزِ إيجارها ؛ لأنها في حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة .

فصل : ومتى غرق الزرع أو هلك ، بحريق أو جراد أو برد ، أو غيره ، فلا ضمان

(٤٠) في م : « نائها » .

(٤١) سقط من : الأصل .

(٤٢) في ب : « حالتها » . وفي م : « بحالها » .

على المؤجر ، ولا خيار للمكترى . نصَّ عليه أحمد . ولا نعلم فيه خلافاً . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنَّ التَّأليفَ غيرُ المَعْقُودِ عليه ، وإنَّما تَلَفَ مالُ المُكْتَرى فيه ، فأشْبَهَ مَنْ اشْتَرَى^(٤٣) / دُكَّانًا فَاحْتَرَقَ مَتَاعُهُ فِيهِ . ثمَّ إنَّ أَمَكْنَ المُكْتَرى الاِثْتِفَاعَ بِالأَرْضِ بِغَيْرِ الزَّرْعِ ، أو بِالزَّرْعِ فِي بَقِيَّةِ المُدَّةِ ، فله ذلك ، وإنَّ تَعَدَّرَ ذلك ، فَلأَجْرٍ لَزِمَ لَهُ ؛ لأنَّ تَعَدُّرَهُ لِفَوَاتِ وَقْتِ الزَّرَاعَةِ بِسَبَبِ غَيْرِ مَضْمُونٍ عَلَى الْمُؤَجِّرِ ، لَا لِمَعْنَى فِي الْعَيْنِ . وإنَّ تَعَدَّرَ الزَّرْعُ بِسَبَبِ غَرَقِ الأَرْضِ ، أو انْقِطَاعِ مَائِهَا ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ الخِيَارُ ؛ لأنَّه لِمَعْنَى فِي الْعَيْنِ . وإنَّ تَلَفَ الزَّرْعُ بِذلك ، فَلَيْسَ عَلَى الْمُؤَجِّرِ ضَمَانُهُ ؛ لأنَّه لَمْ يُتْلَفْهُ^(٤٤) بِمُبَاشَرَةٍ وَلَا بِسَبَبٍ . وإنَّ قَلَّ المَاءُ بِحَيْثُ لَا يَكْفِي الزَّرْعَ ، فله الفسخ ؛ لأنَّه غَيْبٌ . فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ الزَّرْعِ ، فله الفسخُ أَيْضًا ، وَيَبْقَى الزَّرْعُ فِي الأَرْضِ إِلَى أَنْ يَسْتَحْصِدَ ، وَعَلَيْهِ مِنَ الْمُسَمَّى بِحَصَّتِهِ إِلَى حِينِ الْفَسْخِ ، وَأَجْرُ المِثْلِ مَا بَقِيَ مِنَ المُدَّةِ لأَرْضٍ لَهَا مِثْلُ ذَلِكَ المَاءِ . وَكَذَلِكَ إِنْ انْقَطَعَ المَاءُ بِالكُلِّيَّةِ ، أَوْ حَدَثَ بِهَا غَيْبٌ مِنْ غَرَقٍ يَهْلِكُ بِهِ^(٤٥) بَعْضُ الزَّرْعِ ، أَوْ يَسُوءُ حَالُهُ بِهِ .

فصل : وإذا استأجر أرضاً للزراعة مُدَّةً ، فانْقَضَتْ ، وفيها زَرْعٌ لَمْ يَبْلُغْ حَصَادَهُ ، لَمْ يَحُلْ مِنْ حَالَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ لَتَفْرِيطٍ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ ، مِثْلُ أَنْ يَزْرَعَ زَرْعًا لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِكَمَالِهِ قَبْلَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ زَرْعِ الْغَاصِبِ ، يُخَيَّرُ المَالِكُ بَعْدَ المُدَّةِ بَيْنَ أَخْذِهِ بِالْقِيَمَةِ ، أَوْ تَرْكِهِ بِالْأَجْرِ لِمَا زَادَ عَلَى المُدَّةِ ؛ لِأَنَّهُ أَبْقَى زَرْعَهُ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ بِعُدْوَانِهِ . وَإِنْ اخْتَارَ الْمُسْتَأْجِرُ قَطْعَ زَرْعِهِ فِي الْحَالِ ، وَتَفْرِيعَ الأَرْضِ ، فَله ذلك ؛ لِأَنَّهُ يُزِيلُ الضَّرَرَ ، وَيُسَلِّمُ الأَرْضَ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي اقْتَضَاهُ الْعَقْدُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ نَقْلَ الزَّرْعِ وَتَفْرِيعَ الأَرْضِ ، وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى تَرْكِهِ بِعَوَضٍ أَوْ غَيْرِهِ ، جَازَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ فِي الْغَاصِبِ . وَقِيَاسُ مَذْهَبِنَا

(٤٣) في ب : « اكترى » .

(٤٤) في الأصل : « يتلف » .

(٤٥) سقط من : م .

ما ذَكَرناه . الحال الثاني ، أن يكون بَقَاؤُه بغير تَفْرِيط ، مثل أن يَزْرَعَ زَرْعًا يَنْتَهِي في المُدَّةِ عَادَةً ، فأَبْطَأَ لِيَرِدَ أو غيره ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُ الْمُؤَجِّرَ تَرْكُهُ إلى أن يَنْتَهِيَ ، وله المُسَمَّى وأَجْرُ المِثْلِ لما زَادَ ، وهذا أَحَدُ الوجهَيْنِ لأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . والوجه الثاني ، قالوا : يَلْزَمُهُ نَقْلُهُ ؛ لأنَّ المُدَّةَ ضَرِبْتَ لِثَقَلِ الزَّرْعِ ، فَيَلْزَمُ الْعَمَلُ بِمُوجِبِهِ ، وقد وَجَدَ مِنْهُ تَفْرِيطٌ ؛ لأنَّهُ كَانَ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَسْتَظْهَرَ في المُدَّةِ ، فلم يَفْعَلْ . ولنا ، أَنَّهُ حَصَلَ الزَّرْعُ في أَرْضٍ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ ، من غير تَفْرِيطٍ ، فَلَزِمَ تَرْكُهُ ، كَالْوَعَاةِ أَرْضًا فَزَرَعَهَا ، ثُمَّ رَجَعَ المَالِكُ قَبْلَ كَمَالِ الزَّرْعِ . وقولهم : إِنَّهُ مُفَرِّطٌ . غيرُ صَحِيحٍ ؛ لأنَّ هَذِهِ المُدَّةَ الَّتِي جَرَتْ العَادَةُ / بِكَمَالِ الزَّرْعِ فيها ، وفي زِيَادَةِ المُدَّةِ تَفْوِيتٌ^(٤٦) زِيَادَةُ الأَجْرِ بغير فَائِدَةٍ ، وَتَضْيِيقُ زِيَادَةٍ مُتَيَقِّنَةٍ لِتَحْصِيلِ شَيْءٍ مُتَوَهَّمٍ عَلَى خِلَافِ العَادَةِ هُوَ التَّفْرِيطُ ، فلم يَكُنْ تَرْكُهُ تَفْرِيطًا . ومتى أَرَادَ المُسْتَأْجِرُ زَرْعَ شَيْءٍ لَا يُدْرِكُ مِثْلُهُ في مُدَّةٍ^(٤٧) الإِجَارَةِ ، فَلِلْمَالِكِ مَنْعُهُ ؛ لأنَّهُ سَبَبٌ لَوْجُودِ زَرْعِهِ في أَرْضِهِ بغيرِ حَقٍّ ، فَمَلَكَ مَنْعَهُ مِنْهُ . فَإِنْ زَرَعَ ، لم يَمْلِكْ مُطَالَبَتَهُ بِقَلْعِهِ قَبْلَ المُدَّةِ ؛ لأنَّهُ في أَرْضٍ يَمْلِكُ نَفْعَهَا ، ولأنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ بَعْدَ المُدَّةِ ، فَقَبْلَهَا أَوْلَى . ومن أَوْجَبَ عَلَيْهِ قَطْعَهُ بَعْدَ المُدَّةِ ، قال : إِذَا لم يَكُنْ بُدٌّ مِنَ المُطَالَبَةِ بِالنَّقْلِ ، فَلْيَكُنْ عِنْدَ المُدَّةِ الَّتِي يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَهَا إِلَى الْمُؤَجِّرِ فَارِغَةً .

فصل : وَإِذَا اكْتَرَى الْأَرْضَ لِيَزْرَعَ مُدَّةً لَا يَكْمُلُ فِيهَا ، مثل أن يَكْتَرِيَ^(٤٨) خَمْسَةَ أَشْهُرٍ لِيَزْرَعَ لَا يَكْمُلُ إِلَّا فِي سَنَةٍ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ شَرَطَ تَفْرِيعَهَا عِنْدَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ وَنَقْلَهُ عَنْهَا ، صَحَّ ؛ لأنَّهُ لَا يُفْضَى إِلَى الزِّيَادَةِ عَلَى مُدَّتِهِ ، وَقَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِي ذَلِكَ ، لِأَخْذِهِ إِيَّاهُ قَصِيلاً أو غَيْرَهُ ، وَيَلْزَمُهُ مَا التَزَمَ ، وَإِنْ أَطْلَقَ الْعَقْدَ ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ شَيْئاً ، اخْتَمَلَ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الِاتِّفَاعَ بِالزَّرْعِ فِي هَذِهِ المُدَّةِ مُمَكِّنٌ ، وَاحْتَمَلَ أَنَّهُ إِنْ أُمِكنَ أَنْ يَنْتَفِعَ

(٤٦) في الأصل : « تفوت » .

(٤٧) سقط من : م .

(٤٨) في الأصل : « اكترى » .

بالأرض ، في زرعٍ ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه ، مثل أن يزرعها شعيراً يأخذه^(٤٩) قصيلاً ، صحَّ العقد ؛ لأنَّ الانتفاع بها في بعض ما اقتضاه العقد ممكنٌ . وإن لم يكن كذلك ، لم يصحَّ ؛ لأنه اكترى للزرع ما لا ينتفع بالزرع^(٥٠) فيه ، أشبهه إجازة السبحة له . فإن قلنا : يصحُّ . فإن انقضت المدة ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، حكمه حكم زرع المستأجر لما لا يكمل في مدته ؛ لأنه ههنا مُفْرَطٌ . واحتَمَل أن يلزم المكري تركه بالأجر ؛ لأنَّ التفريط منه حيث أكره مدة لزرع لا يكمل فيها . وإن شرط ثبتيته حتى يكمل ، فالعقد فاسدٌ ؛ لأنه جمع بين متضادين ، فإنَّ تقدير المدة يقتضي النفل فيها ، وشرط التبيقية يخالفه ، ولأنَّ مدة التبيقية مجهولة ، فإن زرع لم يطالب بنقله ، كالتى تقدَّمت .

فصل : إذا أجره^(٥١) للغراس سنة ، صحَّ ؛ لأنه يمكنه تسليم منفعيتها المباحة المقصودة ، فأشبهت سائر المنافع ، وسواء شرط قلع الغراس عند انقضاء المدة ، أو أطلق . وله أن يعرس قبل انقضاء المدة ، فإذا انقضت ، لم يكن له أن يعرس ؛ لزوال عقده . فإذا انقضت السنة ، وكان قد شرط القلع عند انقضائها ، لزمه ذلك وفاءً بموجب شرطه ، وليس على صاحب الأرض غرامة نقصه ، ولا على المكري / تسوية الحفر وإصلاح الأرض ؛ لأنهما دخلاً على هذا ، لرضاها بالقلع ، واشتراطهما عليه . وإن اتفقا على إبقائه بأجر أو غيره ، جاز^(٥٢) إذا شرطاً مدة معلومة . وكذلك لو اكترى الأرض سنة بعد سنة ، كلما انقضت عقد جدد آخر ، جاز^(٥٣) . وإن أطلق العقد ، فللمكري القلع ؛ لأنَّ الغرس ملكه ، فله أخذه ، كطعامه من^(٥٤) الدار

١٠١/٥ ظ

(٤٩) في الأصل : « فأخذه » .

(٥٠) سقط من : م .

(٥١) في ب : « استأجره » .

(٥٢ - ٥٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥٣) في الأصل : « في » .

التي باعها . وإذا قلَّع ، فعليه تسوية الحفر ؛ لأنه نقصٌ دَخَلَ على^(٥٤) مِلْكٍ غيره بغير إذنه . وهكذا إن قلَّعه قبل انقضاء المدة ههنا ، وفي التي قبلها ؛ لأنَّ القلَّع قبل الوقت لم يَأْذِنْ فيه المالك ، ولأنَّه تصرَّف في الأرض تصرُّفاً نقصها ، لم يفتضيه عقد الإجارة . وإن أبى القلَّع ، لم يُجْبَر عليه ، إلا أن يضمن له المالك نقصَ غرسه ، فيُجْبَر حينئذٍ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ، ومالك : عليه القلُّع من غير ضمانٍ النقص له ؛ لأنَّ تقدير المدة في الإجارة يفتضي التفرُّغ عند انقضائها ، كما لو استأجرها للزَّرْع . ولنا ، قول النبي ﷺ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ »^(٥٥) . مفهوماً أنَّ مَالِيَسِ بِظَالِمٍ له حَقٌّ . وهذا ليس بظالمٍ ، ولأنَّه غرسٌ بإذن المالك ، ولم يشترط قلَّعه ، فلم يُجْبَر على القلَّع من غير ضمانٍ النقص ، كما لو استعار منه أرضاً للغرس مدةً ، فرجع قبل انقضائها ، ويخالف الزَّرْع ؛ فإنه لا يفتضي التأييد . فإن قيل : فإن كان إطلاق العقد في الغراس يفتضي التأييد ، فشرطُ القلَّع^(٥٦) يُنافي مقتضى العقد ، فينبغي أن يُفسده . قلنا : إنما اقتضى التأييد من حيث إنَّ العادة في الغراس التَّبْقِيَّةُ ، فإذا أطلقه حُمِلَ على العادة ، وإذا شرط خلافه ، جاز ، كما إذا باع بغير نقد البلد ، أو شرط في الإجارة شرطاً يخالف العادة . إذا ثبت هذا ، فإنَّ رَبَّ الأرض يُخَيَّر بين ثلاثة أشياء ؛ أحدها ، أن يدفع قيمة الغراس والبناء ، فيملكه مع أرضه . والثاني ، أن يقلَّع الغراس والبناء ، ويضمن أرضاً نقصه . والثالث ، أن يقرَّ الغراس والبناء ، ويأخذ منه أجر المثل . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : يُخَيَّر بين دفع قيمته فيملكه ، وبين مطالبة بالقلَّع من غير ضمانٍ ، وبين تركه ، فيكونان شريكتين . وليس بصحيح ؛ لأنَّ الغراس مِلْكٌ لِعَارِسِهِ ، لم يُدْفَع إليه عنه عوضٌ ، ولا رضى بزوَالِ مِلْكِهِ عنه^(٥٧) فلا يزول عنه^(٥٧) ، كسائر الغرس . وإن اتَّفَقَا على بيع الغراس والبناء للمالك ، جاز . وإن باعهما

(٥٤) في ب : « في » .

(٥٥) تقدم ترجمته في : ٥٥٨/٦ .

(٥٦) سقط من : ب .

(٥٧ - ٥٧) سقط من : م .

صاحبُهما لغير مالِك الأرض ، جازَ ، ومُشْتَرِيهما يَقُومُ فِيهما مَقَامُ البَائِعِ . وقال أصحابُ الشافعي ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ : ليس له بَيْعُهما لغير مالِك الأرض ؛ لأنَّ مِلْكَهُ^(٥٨) ضَعِيفٌ ، بِدَلِيلِ أَنْ لِصَاحِبِ الأرضِ تَمَلُّكُهُ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ . ولنا ، أَنَّهُ مَمْلُوكٌ لَهُ ، بِجَوَازِ بَيْعِهِ لِمَالِكِ الأرضِ ، / فجازَ لغيرِهِ ، كَشَقْصِ مَشْفُوعٍ ، وبهذا يَطْلُ ما ذَكَرُوهُ ؛ فَإِنَّ لِلشَّافِعِيِّ تَمَلُّكَ الشَّقْصِ وَشِرَاءَهُ ، وَبِجَوَازِ بَيْعِهِ لغيرِهِ . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ فِي الْعَقْدِ تَبْقِيَةَ الْغِرَاسِ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ صَحِيحٌ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ أُطْلِقَ الْعَقْدُ سِوَاءً . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَطْلُ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ مَا يُتَنَافَى مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ ذَلِكَ فِي الزَّرْعِ الَّذِي لَا يَكْمُلُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، وَلِأَنَّ الشَّرْطَ بَاطِلٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ ، وَهُوَ مُؤَثَّرٌ ، فَأَبْطَلَهُ ، كَشَرْطِ تَبْقِيَةِ الزَّرْعِ بَعْدَ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ .

٩٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجَرَ الْأَجِيرَ بِطَعَامِهِ وَكُسُوتِهِ)

اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا بِطَعَامِهِ وَكُسُوتِهِ ، أَوْ جَعَلَ لَهُ أَجْرًا ، وَشَرَطَ طَعَامَهُ وَكُسُوتَهُ ، فَرُوي عَنْهُ^(١) جَوَازُ ذَلِكَ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَإِسْحَاقَ . وَرُوي عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَعَمْرٍ ، وَأَبِي مُوسَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، أَنَّهُمْ اسْتَأْجَرُوا الْأَجْرَاءَ بِطَعَامِهِمْ وَكُسُوتِهِمْ . وَرُوي عَنْهُ أَنْ ذَلِكَ جَائِزٌ فِي الظُّئْرِ^(٢) ^(٣) دُونَ غَيْرِهَا . اخْتَارَهَا الْقَاضِي . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَجْهُولٌ ؛ وَإِنَّمَا جازَ فِي الظُّئْرِ^(٣) ، لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٤) . فَأَوْجَبَ لَهُنَّ التَّفَقَّةَ وَالْكُسُوتَ عَلَى الرِّضَاعِ ، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ

(٥٨) في ب ، م : « مالِكُهُ » .

(١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢) الظئر : المِرضعة .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة البقرة ٢٣٣ .

المُطَلَّقة وغيرها ، بل في الآية قرينة تدل على طلاقها^(٥) ؛ لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾^(٦) . والوارث ليس بزوجه ، ولأن المنفعة في الحضانة والرضاع غير معلومة ، فجاز أن يكون عوضها كذلك . وروى عنه رواية ثالثة : لا يجوز ذلك بحال ، لا في الظئر ولا في غيرها . وبه قال الشافعي وأبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور ، وابن المنذر ؛ لأن ذلك يختلف اختلافا كثيرا متباينا ، فيكون مجهولا ، والأجر من شرطه أن يكون معلوما . ولنا : ما روى ابن ماجه ، عن عتبة بن النذر ، قال : كنا عند رسول الله ﷺ ، فقرا ﴿ طس ﴾ حتى بلغ قصة موسى ، قال : « إن موسى آجر نفسه ثمانين سنين^(٧) أو عشرين ، على عفة فرجه ، وطعام بطنيه^(٨) » . وشرع من قبلنا شرع لنا ، ما لم يثبت نسخه . وعن أبي هريرة ، رضى الله عنه ، أنه قال : كنت أجير ابنة عروان بطعام بطني ، وعقبة رجلي^(٩) ، أحطب لهم إذا نزلوا ، وأخذوا بهم إذا ركبوا^(١٠) . ولأن من ذكرنا من الصحابة وغيرهم^(١١) فعلوه ، فلم يظهر له كثير ، فكان إجماعا ، ولأنه قد ثبت في الظئر بالآية ، فيثبت في غيرها بالقياس عليها ، ولأنه عوض منفعة ، فقام العرف فيه مقام التسمية ، كتفقة الزوجة ، ولأن^(١٢) للكسوة عرفا^(١٣) / ، وهى ١٠٢/٥ ظ كسوة الزوجات ، وللإطعام عرف ، وهو الإطعام في الكفارات ، فجاز إطلاقه ، كتفد البلد . ونخص أبا حنيفة بأن ما كان عوضا في الرضاع ، جاز في الخدمة ، كالأثمان . إذا ثبت هذا ، فإنهما إن تشاحا في مقدار الطعام والكسوة ، رجع في

(٥) في ب : « فراقها » .

(٦) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٧) في م : « حجج » .

(٨) تقدم تخريجه في صفحة ٥ .

(٩) أى للنوبة من الركوب .

(١٠) أخرجه ابن ماجه ، في : باب إجارة الأجير على طعام بطنه ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٧/٢ .

(١١) سقط من : الأصل ، ب .

(١٢ - ١٣) في الأصل : « الكسوة » .

القوت إلى الإطعام في الكفارة ، وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله . قال أحمد : إذا تشاح في الطعام ، يُحكّم له بمدّ كل يوم . ذهب به إلى ظاهر ما أمر الله تعالى من إطعام المساكين ، ففسّرت ذلك السنّة بأنّه مدّ لكل مسكين . ولأنّ الإطعام مطلق في الموضوعين ، فما فسّر به أحدهما يفسّر به الآخر . وليس له إطعام الأجير إلا ما يوافقه من الأغذية ؛ لأنّ عليه ضرراً ، ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه .

فصل : وإن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة ، كما يوصف في السلم ، جاز ذلك عند الجميع . وإن لم يشترط طعاماً ولا كسوة ، فنفقته وكسوته على نفسه . وكذلك الظئر . قال ابن المنذر : لا أعلم عن أحدٍ خلافاً فيما ذكرْتُ . وإن شرط للأجير طعام غيره وكسوته موصوفاً ، جاز ؛ لأنّه معلوم ، أشبه ما لو شرط ذراهم معلومة ، ويكون ذلك للأجير ، إن شاء أطعمه ، وإن شاء تركه . وإن لم يكن موصوفاً ، لم يجز ؛ لأنّ ذلك مجهول ، احتمل فيما إذا ^(١٣) شرطه للأجير ^(١٢) للحاجة إليه ، وجرت العادة به ، فلا يلزمه احتمالها مع عدم ذلك . ولو استأجر ذابّة بعلفها ، أو بأجير مسمّى وعلفها ، لم يجز ؛ لأنّه مجهول ، ولا عرف له يرجع إليه ، ولا نعلم أحداً قال بجوازه ، إلا أن يشترطه موصوفاً ، فيجوز .

فصل : وإن استغنى الأجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه ، أو غيره ، أو عجز عن الأكل لمرض أو غيره ، لم تسقط نفقته ، وكان له المطالبة بها ؛ لأنها عوض ، فلا تسقط بالغنى عنه ، كالذراهم . وإن احتاج لدواء لمرضه ، لم يلزم المستأجر ذلك ؛ لأنّه لم يشترط له الإطعام إلا صحيحاً ، لكن يلزمه له بقدر طعام الصحيح . يشترى له الأجير به ^(١٤) ما يصلح له ^(١٥) ؛ لأنّ ما زاد على طعام الصحيح لم يقع العقد عليه ، فلا يلزم به ، كالزائد في القدر .

(١٣ - ١٢) في الأصل : « شرط الأجر » .

(١٤) سقط من : م .

فصل : إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ طَعَامَهُ ، فَأَحَبَّ الْأَجِيرُ أَنْ يَسْتَفْضِلَ بَعْضَهُ لِنَفْسِهِ ، نَظَرَتْ ؛ فَإِنْ كَانَ الْمُؤْجِرُ دَفَعَ إِلَيْهِ أَكْثَرَ مِنَ الْوَاجِبِ .، لِيَأْكُلَ قَدْرَ حَاجَتِهِ ، وَيَفْضُلَ الْبَاقِي ، أَوْ كَانَ فِي تَرْكِهِ لِأَكْلِهِ كُلَّهُ ضَرَّرَ عَلَى الْمُؤْجِرِ ، بِأَنْ يَضْعُفَ عَنِ الْعَمَلِ ، أَوْ يَقِلَّ لِبْنُ الظُّطْرِ ، مُنِعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى لَمْ يُمْلِكْهُ إِلَّا هَ ، وَإِنَّمَا أَبَاحَهُ أَكْلَ قَدْرِ حَاجَتِهِ ، وَفِي الثَّانِيَةِ عَلَى الْمُؤْجِرِ ضَرَرٌ بِتَقْوِيَتِ بَعْضِ / مَالِهِ مِنْ مَنَفَعَتِهِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كَالْجَمَّالِ ١٠٣/٥ وَإِذَا امْتَنَعَ مِنْ عُلْفِ الْجَمَّالِ . وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ قَدْرَ الْوَاجِبِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، أَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ أَكْثَرَ ، وَمَلَكَهُ إِلَّا هَ ، وَلَمْ يَكُنْ فِي تَفْضِيلِهِ لِبَعْضِهِ ضَرَرٌ بِالْمُؤْجِرِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَا ضَرَرَ عَلَى الْمُؤْجِرِ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ الدَّرَاهِمَ .

فصل : وَإِنْ قَدَّمَ إِلَيْهِ طَعَامًا ، فَهُبَ أَوْ تَلَفَ قَبْلَ أَكْلِهِ ، نَظَرَتْ ؛ فَإِنْ كَانَ عَلَى مَائِدَةٍ لَا يَخْصُهُ فِيهَا بِطَعَامِهِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ ، فَكَانَ تَلَفُهُ مِنْ مَالِهِ ، وَإِنْ خَصَّهُ بِذَلِكَ ، وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْأَجِيرِ ؛ لِأَنَّهُ تَسْلِيمٌ عَوَضٍ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ ، أَشْبَهَ الْبَيْعَ .

فصل : إِذَا دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ ثَوْبًا ، وَقَالَ : بَعُهُ بِكَذَا ، فَمَا اِزْدَدَتْ فَهُوَ لَكَ . صَحَّ ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ سَعِيدٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ سِيرِينَ ، وَإِسْحَاقُ . وَكَرِهَهُ النَّحْعِيُّ ، وَحَمَّادٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّهُ أَجْرٌ مَجْهُولٌ ، يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ وَالْعَدَمَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَطَاءٌ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ كَانَ لَا يَرَى بَأْسًا أَنْ يُعْطَى الرَّجُلُ الرَّجُلُ الثَّوبَ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، فَيَقُولُ : بَعُهُ بِكَذَا وَكَذَا ، فَمَا اِزْدَدَتْ فَهُوَ لَكَ . وَلَا يُعْرِفُ لَهُ فِي عَصْرِهِ مُخَالَفٌ . وَلِأَنَّهَا عَيْنٌ تُنَمَّى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا^(١٥) ، أَشْبَهَ دَفْعَ^(١٦) مَالِ الْمُضَارَبَةِ^(١٧) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنْ بَاعَهُ بِزِيَادَةٍ ، فَهِيَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهَا أَجْرَةً ، وَإِنْ بَاعَهُ بِالْقَدْرِ الْمُسَمًّى مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ،

(١٥) فِي م : « فِيهَا » .

(١٦ - ١٧) فِي الْأَصْلِ : « الْمَالُ مُضَارَبَةٌ » .

فلا شيء له ؛ لأنه جعل له الزيادة ، ولا زيادة ههنا ، فهو كالمضارب إذا لم يربح . وإن باعه بنقص عنه ، لم يصح البيع ؛ لأنه وكيل مخالف . وإن تعدّر رده ، ضمن النقص . وقد قال أحمد : يضمن النقصان مطلقاً . وهذا قد مضى مثله في الوكالة . وإن باعه نسيئة ، لم يصح البيع ؛ لأن إطلاق البيع يقتضي التقد ، لما في النسيئة من ضرر التأخير والخطر بالمال ، ليحصل له نفع الربح . ويفارق المضارب على رواية ، حيث يجوز له البيع نساء ؛ لأنه يحصل لرب المال ^(١٧) نفع بما يحصل من الربح في مقابلة ضرره بالنسيئة ، وههنا لا فائدة لرب المال ^(١٧) في الربح بحال ، ولأن مقصود المضاربة تحصيل الربح ، وهو في النسيئة أكثر ، وههنا ليس مقصود رب المال الربح ، ولا حظ له فيه ، فلا فائدة له ^(١٨) في النسيئة ^(١٨) . وقال أحمد ، في رواية الأثرم : ليس له شيء . يعنى إذا زاد على العشرة ؛ لأن الإطلاق إنما اقتضى بيعها حالاً ، فإذا باع ^(١٩) نسيئة ، فلم يمثل الأمر ، فلم يستحق شيئاً .

فصل : قال أحمد ، في رواية مهنا : لا بأس أن يحصد الزرع ، ويصيرم النخل ، ظ ١٠٣/٥ بسدس ما يخرج منه ، وهو أحب إلى من المقاطعة . إنما جاز ههنا ؛ لأنه / إذا شاهده فقد علمه بالرؤية ، وهى أعلى طرق العلم ، ومن علم شيئاً علم جزأه المشاع ، فيكون أجراً معلوماً . واختاره أحمد على المقاطعة مع أنها جائزة ؛ لأنه ربما لم يخرج من الزرع ^(٢٠) مثل الذى قاطعه عليه ، وههنا يكون أقل منه ضرورة .

٩٠١ - مسألة ؛ قال : (وكذلك الظئر)

يعنى أنه يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها . وقد ذكرنا ذلك ، والخلاف فيه .

(١٧ - ١٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٨ - ١٨) في م : « فيه » .

(١٩) في م : « باعها » .

(٢٠) في م : « الأرض » .

وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى جَوَازِ اسْتِئْجَارِ الطَّيْرِ ، وَهِيَ : الْمُرْضِعةُ . وَهُوَ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى ، فِي قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْضَعْنَ لَهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ (١) . وَاسْتَرْضَعَ النَّبِيُّ ﷺ لَوْلَدِهِ إِبْرَاهِيمَ (٢) . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَيْهِ فَوْقَ دُعَائِهَا إِلَى غَيْرِهِ ، فَإِنَّ الطِّفْلَ فِي الْعَادَةِ إِنَّمَا يَعْيشُ بِالرَّضَاعِ ، وَقَدْ يَتَعَذَّرُ رِضَاعُهُ مِنْ أُمِّهِ ، فَجَازَ ذَلِكَ ، كَالِإِجَارَةِ فِي سَائِرِ الْمَنَافِعِ ، ثُمَّ نَنْظُرُ ؛ فَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِلرَّضَاعِ دُونَ الْحَضَانَةِ ، أَوْ لِلْحَضَانَةِ دُونَ الرِّضَاعِ ، أَوْ هُمَا ، جَازَ . وَإِنْ أَطْلَقَ الْعَقْدَ عَلَى الرِّضَاعِ ، فَهَلْ تَدْخُلُ فِيهِ الْحَضَانَةُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَدْخُلُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مَا تَنَاوَلَهَا . وَالثَّانِي : تَدْخُلُ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْعَرَفَ جَارٍ بِأَنَّ الْمُرْضِعةَ تَحْضُنُ الصَّبِيَّ ، فَحِمِلَ الْإِطْلَاقُ عَلَى مَا جَرَى بِهِ الْعَرَفُ وَالْعَادَةُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ . وَالْحَضَانَةُ : تَرْبِيَةُ الصَّبِيِّ ، وَحِفْظُهُ ، وَجَعْلُهُ فِي سَرِيرِهِ ، وَرَبْطُهُ ، وَدَهْنُهُ ، وَكَحْلُهُ ، وَتَنْظِيفُهُ ، وَغَسْلُ خِرْقَتِهِ ، وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ ، وَاشْتِقَاقُهُ مِنَ الْحَضَنِ ، وَهُوَ مَا تَحْتَ الْإِبْطِ وَمَا يَلِيهِ . وَسُمِّيَتْ التَّرْبِيَةُ حَضَانَةً تَجُوزُ ، مِنْ حَضَانَةِ الطَّيْرِ لِيَبْيُضَهِ وَفَرَاخُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُهَا تَحْتَ جَنَاحَيْهِ ، فَسُمِّيَتْ تَرْبِيَةُ الصَّبِيِّ بِذَلِكَ أَخْذًا مِنْ فِعْلِ الطَّائِرِ .

فصل : وَيُشْتَرَطُ لِهَذَا الْعَقْدِ أَرْبَعَةُ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَكُونَ مُدَّةُ الرِّضَاعِ مَعْلُومَةً ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَقْدِيرُهُ إِلَّا بِهَا ، فَإِنَّ السَّقَى وَالْعَمَلَ فِيهَا يَخْتَلِفُ . الثَّانِي ، مَعْرِفَةُ الصَّبِيِّ بِالْمُشَاهَدَةِ ؛ لِأَنَّ الرِّضَاعَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الصَّبِيِّ ، فِي كِبَرِهِ وَصِغَرِهِ ، وَنَهْمَتِهِ وَقَنَاعَتِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُعْرَفُ بِالصِّفَةِ ، كَالرَّاكِبِ . الثَّالِثُ ، مَوْضِعُ الرِّضَاعِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ ، فَيَشْتَقُّ عَلَيْهَا فِي بَيْتِهِ ، وَيَسْهَلُ عَلَيْهَا فِي بَيْتِهَا . الرَّابِعُ ، مَعْرِفَةُ الْعِوَضِ ، وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا ، كَمَا سَبَقَ .

(١) سورة الطلاق ٦ .

(٢) أخرجه مسلم ، في : باب رحمته ﷺ الصبيان والعيال ... ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ٤/ ١٨٠٨ .

فصل : واختلف في المعقود عليه في الرضاع ، فقيل : هو خدمة الصبي وحمله ووضع الثدي في^(٣) فيه ، واللبن^(٣) تبع ، كالصبي في إجارة الصباغ ، وماء البئر في الدار ؛ لأن اللبن عين من الأغيان ، فلا يعقد عليه في الإجارة ، كلبن غير آدمي / وقيل : هو اللبن . قال القاضي : هو أشبه ؛ لأنه المقصود دون الخدمة ، ولهذا لو أرضعته دون أن تخدمه ، استحق الأجرة ، ولو خدمته بدون الرضاع ، لم تستحق شيئاً ، ولأن الله تعالى قال : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتَوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ . فجعل الأجر مرتباً على الإرضاع ، فيدل على أنه المعقود عليه . ولأن العقد لو كان على الخدمة ، لما لزمتها سقيها لبنها . وأما كونه عيناً ، فإنما جاز العقد عليه في الإجارة رخصة ؛ لأن غيره لا يقوم مقامه ، والضرورة تدعو إلى استيفائه ، وإنما جاز هذا في الآدميين دون سائر الحيوان ، للضرورة إلى حفظ الآدمي ، والحاجة إلى إنقائه .

فصل : وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها ، ويصلح به ، وللمكترى مطالبتها بذلك ؛ لأنه من تمام التمكين من الرضاع ، وفي تركه إضرار بالصبي . ومتى لم ترضعه ،^(٤) وإنما سقته لبن الغنم ، أو أطعمته ، فلا أجر لها ؛ لأنها لم تؤف المعقود عليه ، فأشبه مالواكتراها لخيطة ثوب ، فلم تحطه . وإن دفعتها إلى خادميتها فأرضعته ، وكذلك . وبه قال أبو ثور . وقال أصحاب الرأي : لها أجرها ؛ لأن رضاعه حصل^(٥) بفعلها . ولنا ، أنها لم ترضعه ، فأشبه مالوا سقته لبن الغنم . وإن اختلفا ، فقالت : أرضعته . فأنكر المسترضع ، فالقول قولها ؛ لأنها مؤمنة .

فصل : ويجوز للرجل أن يؤجر أمته ، ومدبرته ، وأم ولده ، ومن علق عتقها بصفة ، والمأذون لها في التجارة ، للإرضاع ؛ لأنه عقد على منفعتها ، أشبه إيجارها للخدمة . وليس لواحدة منهن إجارة نفسها ؛ لأن نفعها لسيدها . وإن كان لها ولد ،

(٣ - ٣) في م : « فمه » .

(٤ - ٤) في الأصل : « أو تسقيه » .

(٥) في الأصل ، ب : « جعل » .

لم تَجْزُ إِجَارَتُهَا لِلرِّضَاعِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَبْنُهَا ^(٦) فَضَّلَ عَنْ رِيَّةٍ ^(٧) ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَوَلَدِهَا ، وَلَيْسَ لِسَيِّدِهَا إِلَّا مَا فَضَّلَ عَنْهُ . وَإِنْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً ، لَمْ تَجْزُ إِجَارَتُهَا لِذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ حَقَّ الزَّوْجِ ، لِاشْتِعَالِهَا عَنْهُ بِالرِّضَاعِ الصَّبِيِّ وَحَضَانَتِهِ . فَإِنْ أَجَرَهَا لِلرِّضَاعِ ، ثُمَّ زَوَّجَهَا ، صَحَّ النِّكَاحُ ، وَلَا يَنْفَسِخُ عَقْدُ الْإِجَارَةِ ، وَيَكُونُ لِلزَّوْجِ أَنْ يَسْتَمْتِعَ بِهَا فِي حَالِ فَرَاغِهَا مِنَ الرِّضَاعِ وَالْحَضَانَةِ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَيْسَ لِزَوْجِهَا وَطْئُهَا إِلَّا بِرِضَى الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْقُصُ اللَّبْنَ ، وَقَدْ يَقْطَعُهُ . وَلَنَا ، أَنَّ وَطْءَ الزَّوْجِ مُسْتَحَقٌّ ، فَلَا يَسْقُطُ لِأَمْرِ مُشْكُوكٍ فِيهِ . وَلَيْسَ لِلْسَيِّدِ إِجَارَةُ مُكَاتَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهَا لَهَا ^(٨) ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَمْلِكْ سَيِّدُهَا تَزْوِيجَهَا ، وَلَا وَطْأَهَا ، وَلَا إِجَارَتَهَا فِي غَيْرِ الرِّضَاعِ . وَلَهَا أَنْ تُؤْجَرَ نَفْسُهَا ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جِهَاتِ الْاِكْتِسَابِ .

فصل : ويجوزُ لِلرَّجُلِ اسْتِجَارُ أُمِّهِ ^(٩) ، وَأَخْتِهِ ، وَابْنَتِهِ ، / لِرِضَاعِ وَلَدِهِ ، ١٠٤/٥ ط وكذلك سائرُ أَقَارِبِهِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ . وَإِنْ اسْتَأْجَرَ امْرَأَتَهُ لِرِضَاعِ وَلَدِهِ مِنْهَا ، جَازَ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنْ مَذْهَبِ أَحْمَدَ ، وَذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ فَقَالَ : وَإِنْ أَرَادَتِ الْأُمُّ أَنْ تَرْضِعَهُ بِأَجْرٍ مِثْلِهَا ، فَهِيَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهَا ، سَوَاءً كَانَتْ فِي حَبَالِ الزَّوْجِ أَوْ مُطْلَقَتَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَيْسَ لَهَا ^(١٠) ذَلِكَ . وَتَأَوَّلَ كَلَامَ الْخِرَقِيِّ عَلَى أَنَّهَا فِي حَبَالِ زَوْجٍ آخَرَ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَحُكِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَحَقَّ حَبْسَهَا وَالِاسْتِمْتَاعَ بِهَا بِعَوَضٍ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَلْزَمَهُ عَوَضٌ آخَرُ لِذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ يَصِحُّ أَنْ تَعْقِدَهُ مَعَ غَيْرِ الزَّوْجِ ، يَصِحُّ أَنْ تَعْقِدَهُ مَعَهُ ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ مَنَافِعَهَا فِي الرِّضَاعِ وَالْحَضَانَةِ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ لِلزَّوْجِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِجْبَارَهَا عَلَى حَضَانَةِ وَلَدِهَا ، وَيَجُوزُ لَهَا أَنْ

(٦) فِي ب ، م : « فِيهَا » .

(٧) فِي ب ، م : « رِيَّة » .

(٨) فِي م : « إِلَيْهَا » ..

(٩) فِي ب ، م : « أُمُّهُ » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ ، ب : « لَهُ » .

تَأْخُذَ عَلَيْهَا الْعِوَضَ مِنْ غَيْرِهِ ، فَجَازَ لَهَا أَنْ تَحْذَهُ ^(١١) مِنْهُ ، كَتَمَنِ مَالِهَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا اسْتَحَقَّتْ عِوَضَ الْحَبْسِ وَالِاسْتِمْتَاعِ . قُلْنَا : هَذَا غَيْرُ الْحَضَانَةِ ، وَاسْتِحْقَاقُ مَنْفَعَةٍ مِنْ وَجْهِ ، لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقُ مَنْفَعَةٍ سِوَاهَا بِعِوَضٍ آخَرَ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهَا أَوْ لَا تُمْ تَزَوَّجَهَا . وَتَأْوِيلُ الْقَاضِي كَلَامَ الْخِرَقِيِّ ، يُخَالِفُ الظَّاهِرَ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْأَلْفَ وَاللَّامَ فِي الزَّوْجِ لِلْمَعْهُودِ ^(١٢) ، وَهُوَ زَوْجُهَا أَبُو الطُّفْلِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ فِي حَبَالِ زَوْجٍ آخَرَ ، لَا تَكُونُ أَحَقَّ بِهِ ، بَلْ يَسْقُطُ حَقُّهَا مِنَ الْحَضَانَةِ ، ثُمَّ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَرْضِعَ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا ، فَفَسَدَ التَّأْوِيلُ .

فصل : وَتَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ بِمَوْتِ الْمُرْضِعَةِ ؛ لِمَوَاتِ الْمَنْفَعَةِ بِهَلَاكِ مَحَلِّهَا . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ : أَنَّهَا لَا تَنْفَسِخُ ، وَيَجِبُ فِي مَالِهَا أَجْرُ مَنْ تَرْضِعُهُ تَمَامَ الْوَقْتِ ؛ لِأَنَّهُ كَالَّذَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ هَلَكَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ هَلَكَتْ الْبَهِيمَةُ الْمُسْتَأْجَرَةُ . وَإِنْ مَاتَ الطُّفْلُ انْفَسَخَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ اسْتِيفَاءُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إِقَامَةُ غَيْرِهِ مُقَامَهُ ، لِاخْتِلَافِ الصَّبِيَّانِ فِي الرِّضَاعِ ، وَاخْتِلَافِ اللَّبَنِ بِاخْتِلَافِهِمْ ، فَإِنَّهُ قَدْ يَدْرُ عَلَى أَحَدِ الْوَلَدَيْنِ دُونَ الْآخَرِ . وَهَذَا مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَإِذَا انْفَسَخَ الْعَقْدُ عَقِيهِ ، بَطَلَتِ الْإِجَارَةُ مِنْ أَصْلِهَا ، وَرَجَعَ الْمُسْتَأْجِرُ بِالْأَجْرِ كُلِّهِ ، وَإِنْ كَانَ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، رَجَعَ بِحِصَّةٍ مَا بَقِيَ .

٩٠٢ - مسألة ؛ قال : (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ تُعْطَى عِنْدَ الْفِطَامِ عَبْدًا أَوْ أَمَةً ، كَمَا جَاءَ فِي الْخَبَرِ ، إِذَا كَانَ الْمُسْتَرْضِعُ مُوسِرًا)

يَعْنِي بِالْخَبَرِ ، مَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(١) ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ،

(١١) فِي الْأَصْلِ : « أَنْ تَأْخُذَهُ » .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « لِلْمَعْقُودِ » .

(١) فِي : بَابِ فِي الرِّضْعِ عِنْدَ الْفَصَالِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٤٧٦/١ .

كَمَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ مَا يَذْهَبُ مِثْلُهُ الرِّضَاعُ ، مِنْ أَبْوَابِ الرِّضَاعِ . عَارِضَةُ الْأَخْوَذِيُّ ٩٨/٥ ، وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ حَقِّ الرِّضَاعِ وَحَرَمَتِهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمَجْتَبَى ٨٩/٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٥٠/٣ .

عن حجاج بن حجاج الأسلمى ، عن أبيه ، قال : قلت : يا رسول الله ، ما يذهب
عني مذمة الرضاع ؟ قال : « الغرة العبد أو الأمة » . قال الترمذى : هذا حديث ١٠٥/٥ و
حسن^(٢) صحيح . قال ابن الجوزى : المذمة ، بكسر الدال ، من الذمام ،
وبفتحها من الذم . قال ابن عقيل : إنما خص الرقبة بالمجازاة بها دون غيرها ؛ لأن
فعلها في^(٣) إرضاعه وخصائته ، سبب حياته وبقائه وحفظ رقبته ، فاستحب جعل
الجزاء هبتها رقبة ، ليناسب ما^(٤) بين النعمة والشكر ، ولهذا جعل الله تعالى
المرضعة أمًا ، فقال تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾^(٥) . وقال النبي
ﷺ : « لَا يَجْزَى وَلَدٌ وَالِدَهُ ، إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَعْتِقَهُ »^(٦) . وإن كانت
المرضعة مملوكة ، استحب إعتاقها ؛ لأنه يحصل أخص الرقاب بها^(٧) ، وتحصل
به المجازاة التي جعلها النبي ﷺ مجازاة للوالد من النسب .

٩٠٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنِ اكْتَرَى ذَابَةً إِلَى مَوْضِعٍ^(١) ، فَجَاوَزَهُ ، فَعَلِيهِ
الْأَجْرَةُ الْمَذْكُورَةُ ، وَأَجْرَةُ الْمِثْلِ لِمَا جَاوَزَهُ ، وَإِنْ ثَلَفَتْ فَعَلِيهِ أَيْضًا قِيمَتُهَا)
الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : في الأجر الواجب ، وهو المسمى ، وأجر المثل للزائد . نص عليه أحمد

(٢) سقط من : ب .

(٣) في ب : « من » .

(٤) سقط من : م .

(٥) سورة النساء ٢٣ .

(٦) أخرجه مسلم ، في : باب فضل عتق الوالد ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٨/٢ . وأبو داود ، في :
باب في بر الوالدين ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٦٢٨/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في حق الوالدين ،
من أبواب البر . عارضة الأحوذى ٩٩/٨ . وابن ماجه ، في : باب بر الوالدين ، من كتاب الأدب ، سنن ابن
ماجه ١٢٠٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٠/٢ ، ٢٦٣ ، ٣٧٦ ، ٤٤٥ .

(٧) في م زيادة : « لها » .

(١) في الأصل : « مكان » .

ولا خلاف فيه بين أصحابنا ، ذكرَ القاضى ذلك . ورَوَى الأثرُ ، بإِسْناده عن أبى الزناد ، أنه ذكرَ^(٢) فقهاءَ المَدِينَةِ السَّبْعَةِ ، وقال : رُبَّمَا اختلفوا فى الشَّيْءِ ، فأخذنا بقول أكثرهم وأفضلهم رأياً ، فكان الذى وَعَيْتُ عنهم على هذه الصَّفَةِ ، أن من اكْتَرَى دَابَّةً إلى بَلَدٍ ، ثم جَاوَزَ ذلك إلى بَلَدٍ سِوَاهُ ، فإنَّ الدَّابَّةَ إن سَلِمَتْ فى ذلك كُلِّهِ ، أَدَّى كِرَاءَهَا وكِرَاءَ ما بعدها ، وإن تَلَفَتْ فى^(٣) تَعَدِّيهِ بها^(٤) ضَمِنَهَا ، وأَدَّى كِرَاءَهَا الذى تَكَارَاهَا به . وهذا قولُ الحَكَمِ ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، والشَّافِعِ . وقال الثَّوْرِيُّ ، وأبو حنيفة : لا أَجْرَ عليه لما زَادَ ؛ لأنَّ الْمَنَافِعَ عِنْدَهُمَا لا تُضْمَنُ فى الْعَصَبِ . وَحُكِيَ عن مالكٍ أَنَّهُ إِذَا تَجَاوَزَ بِهَا إلى مَسَافَةٍ بَعِيدَةٍ ، يُخَيَّرُ^(٥) صَاحِبُهَا بين أَجْرِ الْمِثْلِ وبين الْمُطَالَبَةِ بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ التَّعَدَّى ؛ لَأَنَّهُ مُتَعَدِّ بِإِمْسَاكِهَا ، حَابِسٌ لَهَا عن أسْوَاقِهَا ، فكان لِصَاحِبِهَا تَضْمِينُهَا إِيَّاهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَيْنَ بَاقِيَةٌ بِحَالِهَا ، يُمْكِنُ أَخْذُهَا ، فلم تَجِبْ قِيَمَتُهَا ، كما لو كانت الْمَسَافَةُ قَرِيبَةً . وما ذَكَرَهُ تَحَكُّمٌ لا دَلِيلَ عليه ، ولا تَطْيِيرَ له ، فلا يَجُوزُ الْمَصِيرُ إليه . وقد مَضَى الْكَلَامُ مع أبى حنيفة فى الْعَصَبِ .

الفصل الثانى : فى الضَّمَانِ ، ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ وجُوبُ قِيَمَتِهَا إِذَا تَلَفَتْ به ،

سواءً تَلَفَتْ فى الزِّيَادَةِ ، أو بَعْدَرَدِّهَا إلى الْمَسَافَةِ ، وسواءً كان صَاحِبُهَا مع الْمُكْتَرَى ،

أو لم يَكُنْ . وهذا ظاهرُ مَذْهَبِ الْفُقَهَاءِ السَّبْعَةِ ، إِذَا/ تَلَفَتْ حالُ التَّعَدَّى ؛ لما حَكَيْنَا

عنهم . وقال القاضى : إن كان الْمُكْتَرَى نَزَلَ عنها ، وَسَلَّمَهَا إلى صَاحِبِهَا ، لِيُمْسِكَهَا

أو يَسْقِيَهَا ، قَتِلَتْ ، فلا ضَمَانَ على الْمُكْتَرَى ، وإن هَلَكَتْ^(٥) وَالْمُكْتَرَى رَاكِبٌ

عليها ، أو جَمَلُهُ عليها ، فعليه ضَمَانُهَا . وقال أَبُو الْخَطَّابِ : إن كانت يَدُ صَاحِبِهَا

عليها ، اِحْتَمَلَ أَنْ يَلْزَمَ الْمُكْتَرَى جَمِيعُ قِيَمَتِهَا ، وَاِحْتَمَلَ أَنْ يَلْزَمَهُ نِصْفُ قِيَمَتِهَا . وقال

(٢) فى ب ، م زيادة : « عن » .

(٣ - ٣) فى م : « تعديا » .

(٤) فى الأصل : « خير » .

(٥) فى ب : « تلفت » .

أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إن لم يكن صَاحِبُهَا معها ، لَزِمَ الْمُكْتَرَى قِيَمَتُهَا كُلُّهَا ، وإن كان معها فَتَلَفَتْ فِي يَدِ صَاحِبِهَا ، لم يَضْمَنْهَا الْمُكْتَرَى ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ فِي يَدِ صَاحِبِهَا ، أَشْبَهَ مَالُو تَلَفَتْ بَعْدَ مُدَّةِ التَّعْدَى . وَإِنْ تَلَفَتْ تَحْتَ الرَّكِيبِ ، ففِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزَمُهُ نِصْفُ قِيَمَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ بِفِعْلِ مَضْمُونٍ وَغَيْرِ مَضْمُونٍ ، أَشْبَهَ مَالُو تَلَفَتْ بِجِرَاحَتِهِ وَجِرَاحَةِ مَالِكِهَا . وَالثَّانِي ، تُقَسِّطُ الْقِيَمَةُ عَلَى الْمَسَافَتَيْنِ ، فَمَا قَابَلَ مَسَافَةَ الْإِجَارَةِ سَقَطَ ، وَوَجِبَ الْبَاقِي . وَنَحْوُ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، فَإِنَّهُ قَالَ : ^(٦) مَنْ أَكْتَرَى جَمَلًا لِحَمْلِ تِسْعَةٍ ، فَحَمَلَ عَشْرَةً ، فَتَلَفَ ، فَعَلِيَ الْمُكْتَرَى عَشْرَ قِيَمَتِهِ . وَمَوْضِعُ الْخِلَافِ فِي لُزُومِ كَمَالِ الْقِيَمَةِ إِذَا كَانَ صَاحِبُهَا مَعَ رَاكِبِهَا ، أَوْ تَلَفَتْ فِي يَدِ صَاحِبِهَا . فَأَمَّا إِذَا تَلَفَتْ حَالَ التَّعْدَى ، وَلَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا مَعَ رَاكِبِهَا ، فَلَا خِلَافَ فِي ضَمَانِهَا بِكَمَالِ قِيَمَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ فِي يَدِ عَادِيَةٍ ، فَوَجِبَ ضَمَانُهَا كَالْمَعْصُوبَةِ . وَكَذَلِكَ إِذَا تَلَفَتْ تَحْتَ الرَّكِيبِ ، أَوْ تَحْتَ حِمْلِهِ ، وَصَاحِبُهَا مَعَهَا ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لِلرَّكِيبِ وَصَاحِبِ الْحِمْلِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُمَا لَوِ تَنَازَعَا عَادَابَةً أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا ، أَوْ لَهُ عَلَيْهَا حِمْلٌ ، وَالْآخَرُ أَخَذَ بِزِمَامِهَا ، لَكَانَتْ لِلرَّكِيبِ وَلِصَاحِبِ الْحِمْلِ . وَلَأَنَّ الرَّكِيبَ مُتَعَدٍّ بِالزِّيَادَةِ ، وَسُكُوتُ صَاحِبِهَا لَا يُسْقِطُ الضَّمَانَ ، كَمَنْ جَلَسَ إِلَى إِنْسَانٍ فَحَرَقَ ثِيَابَهُ وَهُوَ سَاكِتٌ . وَلِأَنَّهَا إِنْ تَلَفَتْ بِسَبَبِ تَعَبِهَا ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُتَعَدَّى ، كَمَنْ أَلْقَى حَجَرًا فِي سَفِينَةٍ مُوقَرَةٍ فَعَرَقَهَا . فَأَمَّا إِنْ تَلَفَتْ فِي يَدِ صَاحِبِهَا بَعْدَ نَزُولِ الرَّكِيبِ عَنْهَا ، فَيُنْظَرُ ؛ فَإِنْ كَانَ تَلَفَهَا بِسَبَبِ تَعَبِهَا بِالْحِمْلِ وَالسَّيْرِ ، فَهُوَ كَالْوِ تَلَفَتْ تَحْتَ الْحِمْلِ وَالرَّكِيبِ ، وَإِنْ تَلَفَتْ بِسَبَبِ آخَرَ مِنْ أَفْتِرَاسِ سَبْعٍ أَوْ سُقُوطِ فِي هُوَّةٍ وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَلَا ضَمَانَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَتَلَفْ فِي يَدِ عَادِيَةٍ ، وَلَا بِسَبَبِ عُذْوَانٍ . وَقَوْلُهُمْ : تَلَفَتْ ^(٧) بِفِعْلِ مَضْمُونٍ

(٦) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « فِي » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « فَاتَتْ » .

وغير مضمون ، أشبه ما لو تلفت بجر احتين . يئطل بما إذا قطع السارق ، ثم قطع آخر يده غدوانا ، فمات منها ، وفارق ما ذكرنا^(٨) إذا جرح نفسه وجرحه غيره ؛ لأن الفعلين غدوان ، فقسّم الضمان عليهما .

فصل : ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة . وبه قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعي . وقال محمد / : يسقط ، كالمو تعدى في الوديعة ، ثم ردها . ولنا ، أنها يد صارت^(٩) ضامنة ، فلا يزول الضمان عنها إلا بإذن جديد ، ولم يوجد . وما ذكروه في الوديعة لا نسلمه إلا أن يردها إلى مالكها ، أو يجدد له إذا .

٩٠٤ - مسألة ؛ قال : (وكذلك إن ائتمرى لحمولة شيء ، فزاد عليه)

^(١) وجملة ذلك أن من ائتمرى لحمل شيء ، فزاد عليه^(١) ، مثل أن يكثر بها لحمل قفيزين ، فحمل ثلاثة ، فحكمه حكم من ائتمرى إلى موضع فجاوزه^(٢) ، في وجوب الأجر المسمى ، وأجر المثل لما زاد ، ولزوم الضمان إن تلفت . هذا قول الشافعي . وحكى القاضي أن قول أبي بكر في هذه المسألة وجوب أجر المثل في الجميع ، وأخذه من قوله في من استأجر أرضا ليزرعها شعيرا ، فزرعها حنطة ، قال : عليه أجر المثل للجميع ؛ لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره ، فأشبه ما لو استأجر أرضا ، فزرع أخرى . فجمع القاضي بين مسألة الخرق^(٣) ومسألة أبي بكر ، وقال : ينقل قول كل واحد من إحدى المسألتين إلى الأخرى ، لتساويهما في أن الزيادة لا تتميز ، فيكون في المسألتين وجهان . وليس الأمر كذلك ، فإن بين المسألتين فرقا ظاهرا ، فإن الذي حصل التعدى فيه في الحمل متميز عن^(٣) المعقود عليه ، وهو القفيز الزائد ، بخلاف الزرع ، ولأنه في مسألة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) سقط من : م .

(١ - ١) سقط من : ب .

(٢) في زيادة : « إلى سواه » .

(٣) في ب : « على » .

وزاد ، وفي الزرع لم يزرع ما وقع العقد عليه ، ولهذا علله أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه ، ولا يصح هذا القول في مسألة الحمل ، فإنه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه ، بل إلحاق هذه المسألة بما إذا اقتصرت مسافة فزاد عليها أشد ، وشبهها بها أشد ، ولأنه في مسألة الحمل متعده بالزيادة وحدها ، وفي مسألة الزرع متعده بالزرع كله ، فأشبهه الغاصب . فأما مسألة الزرع فيما إذا اقتصرت أرضاً ليزرع^(٤) الشعير ، فزرع حنطة ، فقد نص أحمد ، في رواية عبد الله ، فقال : ينظر ما يدخل على الأرض من نقصان ما بين الحنطة والشعير ، فيعطى رب الأرض . فجعل هذه المسألة كمسألة الخرقى ، في إيجاب المسمى وأجر المثل للزائد^(٥) . ووجهه أنه لما عين الشعير ، لم يتعين ، ولم يتعلق العقد بعينه ، كما سبق ذكره ، ولهذا قلنا : له زرع مثله ، وما هو دونه في الضرر . فإذا زرع حنطة ، فقد استوفى حقه وزيادة ، أشبه ما لو اقتصرا إلى موضع فجأوزه . وقال أبو بكر : له أجر المثل . وعلله بأنه عدل عن المعقود عليه ، فإن الحنطة ليست شعيراً وزيادة . وإن قلنا : إنه قد استوفى المعقود عليه وزيادة ، غير / أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه . بخلاف مسألتى الخرقى . وقال ١٠٦/٥ ظ الشافعى : المكبرى^(٦) يُخير بين أخذ الكراء وما نقصت الأرض عما ينقصها الشعير ، وبين أخذ كراء مثليها للجميع ؛ لأن هذه المسألة أخذت شبيهاً من أصليين ؛ أحدهما ، إذا ركب دابة فجأز بها المسافة المشروطة^(٧) ؛ لكونه استوفى المعقود عليه وزيادة . والثاني ، إذا استأجر أرضاً فزرع غيرها ؛ لأنه زرع متعدياً ، فلهذا أخيره بينهما ، ولأنه وجد سبب يقتضى كل واحد من الحكمين ، وتعدر الجمع بينهما ، فكان له أوفرهما . وفوض اختياره إلى المستحق ، كقتل العمد . ومن نصراً بأب بكر ،

(٤) في ب ، م : « لزرع » .

(٥) في الأصل : « الزائد » .

(٦) في ب ، م : « المكبرى » .

(٧) في الأصل : « المشروطة » .

قال : هذا مُتَعَدُّ بِالزَّرْعِ كُلِّهِ ، فكان عليه أَجْرُ المِثْلِ ، كَالغاصِبِ ، ولهذا يَمْلِكُ رَبُّ الأَرْضِ مَنَعَهُ مِنْ زَرْعِهِ ، وَيَمْلِكُ أَخْذَهُ بِنَفْقَتِهِ إِذَا زَرَعَهُ . وَيُفَارِقُ مَنْ زَادَ عَلَى حَقِّهِ زِيَادَةً مُتَمَيِّزَةً ، فَإِنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدِّ بِالجَمِيعِ ، إِنَّمَا تَعْدَى بِالزِّيَادَةِ وَحْدَهَا ، ولهذا لَا يَمْلِكُ المُكْرِى مَنَعَهُ مِنَ الجَمِيعِ ، وَنَظِيرُ هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ ، مَنْ أَكْثَرَى عُزْفَةً لِيَجْعَلَ فِيهَا أَقْفَزةً حَنْطَةً ، فَتَرَكَ فِيهَا أَكْثَرَ مِنْهَا ، وَمَنْ أَكْثَرَاها لِيَجْعَلَ فِيهَا قِنْطَارًا مِنَ القُطْنِ ، فَجَعَلَ فِيهَا قِنْطَارًا مِنْ حَدِيدٍ ، فَقِيَ الأُولَى ، لَهُ المُسَمَّى وَأَجْرُ الزِّيَادَةِ ، وَفِي الثَّانِيَةِ يُخْرِجُ فِيهَا مِنَ الخِلَافِ مِثْلَ مَا قُلْنَا فِي مَسْأَلَةِ الزَّرْعِ . وَحُكْمُ المُسْتَأْجِرِ الذِي يَزْرَعُ أَضَرَّ مِمَّا أَكْثَرَى لَهُ ، حُكْمُ الغاصِبِ ، لِرَبِّ الأَرْضِ مَنَعَهُ فِي الْإِتْدَاءِ ، لِمَا يَلْحَقُهُ مِنَ الضَّرَرِ ، فَإِنْ زَرَعَ ، قَرَّبُ الأَرْضِ مُخَيَّرَ بَيْنَ تَرْكِ الزَّرْعِ بِالأَجْرِ ، وَبَيْنَ أَخْذِهِ وَدَفْعِ النَّفْقَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى أَخَذَ المُسْتَأْجِرُ زَرْعَهُ ، فَلَهُ الأَجْرَةُ لَا غَيْرُ ، عَلَى مَا ذَكَّرْنَا فِي بَابِ الْعَصَبِ .

فصل : وَإِنْ أَكْثَرَى دَابَّةً إِلَى مَسَافَةٍ ، فَسَلَّكَ أَشَقَّ مِنْهَا ، فَهِيَ مِثْلُ مَسْأَلَةِ الزَّرْعِ ، يُخْرِجُ فِيهَا وَجْهَانِ ، قِيَاسُ الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ لَهُ الأَجْرَ المُسَمَّى وَزِيَادَةً ، لَكُونِ الْمَسَافَةِ لَا تَتَعَيَّنُ عَلَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا ، وَقِيَاسُ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّ لَهُ أَجْرَ المِثْلِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ غَيْرُ مُتَمَيِّزَةٍ ، وَلِأَنَّهُ مُتَعَدِّ بِالجَمِيعِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ لِرَبِّ الدَّابَّةِ مَنَعَهُ مِنْ سُلُوكِ تِلْكَ الطَّرِيقِ كُلِّهَا ، بِخِلَافِ مَنْ سَلَّكَ تِلْكَ ^(٨) الطَّرِيقَ وَجَاوَزَ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَمْنَعُهُ الزِّيَادَةُ لَا غَيْرُ . وَإِنْ أَكْثَرَى لِحِمْلٍ قُطْنٍ فَحَمَلَ بِوِزْنِهِ حَدِيدًا ، أَوْ لِحِمْلٍ حَدِيدٍ فَحَمَلَ قُطْنًا ، فَعَلَيْهِ ^(٩) أَجْرُ المِثْلِ هُنَا ؛ لِأَنَّ ضَرَرَ أَحَدِهِمَا مُخَالِفٌ لِضَرَرِ الْآخَرِ ^(١٠) ، فَلَمْ يَتَحَقَّقْ كَوْنُ الْمَحْمُولِ مُشْتَمِلًا عَلَى المُسْتَحَقِّ بِعَقْدِ الإِجَارَةِ وَزِيَادَةِ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَهَا مِنَ الْمَسَائِلِ . وَسَائِرُ مَسَائِلِ الْعُدْوَانِ فِي الإِجَارَةِ يُقَاسُ عَلَى مَا ذَكَّرْنَا مِنَ الْمَسَائِلِ مَا كَانَ مُتَمَيِّزًا ، / وَمَا لَمْ يَكُنْ مُتَمَيِّزًا فَتَلْحَقُ كُلُّ مَسْأَلَةٍ بِنَظِيرَتِهَا .

و ١٠٧/٥

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) في م : « فالصحيح أن عليه » .

(١٠) في م : « الأرض » .

فصل: إذا أكرأه لحمل قفيزين ، فحملهما ، فوجدتهما ثلاثاً ، فإن كان المكترى تولى الكيل ولم يعلم المكري بذلك ، فحكمه حكم من اكترى لحمولة شيء فزاد عليه ، وإن كان المكري تولى كياله وتعبته ولم يعلم المكترى بذلك^(١١) ، فهو غاصب ، لا أجر له في حمل الزائد . وإن تلفت دابته ، فلا ضمان لها ؛ لأنها تلفت بعدوان صاحبها ، وحكمه في ضمان الطعام ، حكم من غصب طعام غيره . وإن تولى ذلك أجنبي ، ولم يعلم المكري والمكترى ، فهو متعده عليهما ، يلزمه لصاحب الدابة الأجر ، ويتعلق به الضمان ، ويلزمه لصاحب الطعام ضمان طعامه ، وسواء كاله أحدهما ووضع الآخر على ظهر الدابة ، أو كان الذي كاله وعباه وضعه على ظهرها . وقال أصحاب الشافعي ، في أحد الوجهين : إذا كاله المكترى ووضع المكري على ظهر البهيمة ، لا ضمان على المكترى ؛ لأن المكري مفرط في حمله . ولنا ، أن التذليس^(١٢) من المكترى ، إذ أخبره بكيالها على خلاف ما هو به ، فلزمه الضمان ، كما لو أمر أجنبياً بتحميلها . فأمّا إن كاله المكترى ، ورفعها المكري على الدابة . عالمًا بكيالها ، لم يضمن المكترى دابته إذا تلفت ؛ لأنه فعل ذلك من غير تذليس ولا تغيير . وهل له أجر القفيز الزائد ؟ يحتمل وجهين ؛ أحدهما ، لا أجر له ؛ لأن المكترى لم يجعل له على ذلك أجراً . والثاني ، له أجر الزائد ، لأنهما اتفقا على حمله على سبيل الإجارة ، فجرى مجرى المعاطاة في البيع ودخوله^(١٣) الحمام من غير تقدير أجر^(١٤) . وإن كاله المكري ، وحمله المكترى على الدابة عالمًا بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها ، فعليه أجر القفيز الزائد . وإن أمره بحمله عليها ، ففي وجوب الأجر وجهان ، كما لو حمله المكري عليها ؛ لأنه إذا أمر به كان ذلك كفعله ،

(١١) سقط من : ب ، م .

(١٢) في الأصل ، م زيادة : « ليس » .

(١٣) في الأصل : « ودخول » .

(١٤) في ب ، م : « أجره » .

وإن كآله أخذهُما وَحَمَلَهُ أَجْنَبِيٌّ بِأَمْرِهِ ، فهو كما لو حَمَلَهُ الذي كآله ، وإن كان بأَمْرِ الآخر ، فهو كما لو حَمَلَهُ الآخر ، وإن حَمَلَهُ بغير أمرِهما ، فهو كما لو كآله ثم حَمَلَهُ .

٩٠٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكْتَرِيَ مُدَّةٌ ^(١) غَزَايِهِ)

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم الأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال مالك : قد عُرِفَ وَجْهُ ذَلِكَ ، وَأَرْجُو أَنْ يَكُونَ حَقِيقًا . ولنا ، أَنَّ هذه إِجَارَةٌ ، فِي مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، وَعَمَلٌ مَجْهُولٌ ، فلم يَجُزْ ، كما لو أَكْتَرَاهَا ^(٢) لِمُدَّةٍ سَفَرِهِ فِي تِجَارَتِهِ ، وَلأنَّ مُدَّةَ الْعَزَاةِ تَطُولُ وَتَقْصُرُ ، وَلَا حَدَّ لَهَا / تُعْرَفُ بِهِ ، وَالْعَمَلُ فِيهَا يَقِلُّ وَيَكْثُرُ ، وَنِهَايَةُ سَفَرِهِمْ تُقَرَّبُ وَتُبْعَدُ ، فلم يَجُزِ التَّقْدِيرُ بِهَا ، كغَيْرِهَا مِنَ الْأَسْفَارِ الْمَجْهُولَةِ . فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ ، فَله أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى عِوَضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ ، لِفَسَادِ الْعَقْدِ ، فَوَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ ، كسائر الإِجَارَاتِ الْفَاسِدةِ .

٩٠٦ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ سَمِيَ لِكُلِّ يَوْمٍ شَيْئًا مَعْلُومًا ، فَجَائِزٌ)

وجملته أَنَّ مَنْ أَكْتَرِيَ قَرَسًا مُدَّةَ غَزْوِهِ ، كُلَّ يَوْمٍ بِدَرْهِمٍ ، فَاَلْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ صَحِيحُهُ . وقال الشافعي : هذا فاسِدٌ ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ مَجْهُولَةٌ . ولنا ، أَنَّ عَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَجَرَ نَفْسَهُ كُلَّ ذَلْوٍ بِتَمَرَةٍ ^(١) ، وَكَذَلِكَ الْأَنْصَارِيُّ ^(٢) ، وَلَمْ يُنْكَرْهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلأنَّ كُلَّ يَوْمٍ مَعْلُومٌ مُدَّتُهُ وَأَجْرُهُ ، فَصَحَّ ، كما لو قال : أَجَرْتُكَهَا شَهْرًا ، كُلَّ يَوْمٍ بِدَرْهِمٍ . أَوْ قال : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَنْقِلَ هَذِهِ الصَّبْرَةَ ، كُلَّ قَفِيزٍ بِدَرْهِمٍ . وَلَا بُدَّ مِنْ تَعْيِينَ مَا يَسْتَأْجَرُ لَهُ ، إِمَّا لِرُكُوبٍ ، أَوْ حَمَلٍ مَعْلُومٍ . وَيَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ الْمُسَمَّى لِكُلِّ يَوْمٍ ، سِوَاءَ كَانَتْ مُقِيمَةً أَوْ سَائِرَةً ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ ذَهَبَتْ فِي مُدَّتِهِ ^(٣) ، فَأَشْبَهَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « لِمُدَّةٍ » .

(٢) فِي ب ، م : « أَكْرَاهَا » .

(١) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي : ٢٠٨/٦ .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢١ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « مُدَّةٍ » .

مالوا كُتِرَى دَارًا ، فَأَغْلَقَهَا وَلَمْ يَسْكُنْهَا . وَإِنْ أُجِرَ نَفْسَهُ لِسَقْيِ نَحْلٍ ، كُلَّ ذَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، أَوْ يَفْلَسَ ، أَوْ أُجِرَ مَعْلُومٍ ، جَازَ ؛ لِلاَثَرِ الْوَارِدِ فِيهِ . وَلِأَنَّ كُلَّ عَمَلٍ مَعْلُومٍ لَهُ عَوَضٌ مَعْلُومٌ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ سَمِيَ دِلَاءً مَعْرُوفَةً . وَلِابْدَءٍ مِنْ مَعْرِفَةِ الدَّلْوِ وَالْبِرِّ وَمَا يَسْتَقْيُ^(٤) بِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ يَخْتَلِفُ بِهِ .

فصل : وَنَقَلَ أَبُو الْحَارِثِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً ، فِي عَشْرَةِ أَيَّامٍ ، بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ ، فَإِنْ حَبَسَهَا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، فَلَهُ بِكُلِّ يَوْمٍ دِرْهَمٌ ، فَهُوَ جَائِزٌ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْهُ ، فِي مَنْ أَكْثَرَ دَابَّةً مِنْ مَكَّةَ إِلَى جَدَّةَ بِكَذَا ، فَإِنْ ذَهَبَ إِلَى عَرَفَاتٍ بِكَذَا ، فَلَا بَأْسَ . وَنَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ عَنْهُ ، لَوْ قَالَ : أَكْرَيْتُكَهَا^(٥) بِعَشْرَةٍ . فَمَا حَبَسَهَا فَعَلِيهِ كُلُّ^(٦) يَوْمٍ عَشْرَةٌ . وَهَذِهِ الرُّوَايَاتُ تُدَلُّ عَلَى أَنَّ مَذْهَبَهُ أَنَّهُ مَتَى قَدَّرَ لِكُلِّ عَمَلٍ مَعْلُومٍ أَجْرًا مَعْلُومًا ، صَحَّ . وَتَأَوَّلَ^(٧) الْقَاضِي هَذَا كُلَّهُ ، عَلَى أَنَّهُ يَصِحُّ فِي الْأَوَّلِ وَيُفْسَدُ فِي الثَّانِي ؛ لِأَنَّ مُدَّتَهُ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَحْمِلَ لِي هَذِهِ الصَّبْرَةَ ، وَهِيَ عَشْرَةُ أَقْفِزَةٍ ، بِدِرْهَمٍ ، وَمَازَادَ فَبِحُسْبَانٍ^(٨) ذَلِكَ . وَالظَّاهِرُ خِلَافُ هَذَا ؛ فَإِنَّ قَوْلَهُ : فَهُوَ جَائِزٌ . عَادَ إِلَى جَمِيعِ مَا ذَكَرَ قَبْلَهُ ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ : لَا بَأْسَ . وَلِأَنَّ لِكُلِّ عَمَلٍ عَوَضًا مَعْلُومًا ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اسْتَقَى لَهُ كُلَّ ذَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، وَقَدْ ثَبَتَ الْأَصْلُ بِالْخَبَرِ الْوَارِدِ فِيهِ ، وَمَسْأَلَةُ الصَّبْرَةِ لَا تَصِفُ فِيهَا عَنِ الْإِمَامِ ، وَقِيَاسُ نَصُوصِهِ صِحَّةُ الْإِجَارَةِ ، وَإِنْ^(٩) سَلَّمَ فَسَادُهَا ، فَلِأَنَّ الْقُفْزَانَ الَّتِي شَرَطَ حَمْلَهَا غَيْرُ مَعْلُومَةٍ / بَتَّعِينَ وَلَا صِفَةٍ ، وَهِيَ مُخْتَلِفَةٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ لِجَهَالَتِهَا ، بِخِلَافِ الْأَيَّامِ ، فَإِنَّهَا مَعْلُومَةٌ .

(٤) فِي ب ، م : « يَسْتَقْي » .

(٥) فِي الْأَصْل : « أَكْرَيْتَهَا » .

(٦) فِي الْأَصْل : « فِي كُلِّ » .

(٧) فِي ب ، م : « وَيَتَأَوَّلُ » .

(٨) فِي ب ، م : « فَبِحِسَابِ » .

(٩) فِي الْأَصْل : « وَلَإِنْ » .

فصل : وإن قال : إن خِطَّتْ هذا الثَّوبَ اليومَ فلكِ دِرْهَمٌ ، وإن خِطَّتْهُ غَدًا فلكِ نِصْفُ دِرْهَمٍ . فعن أحمد في رَوَاتَيْنِ ؛ إحداهما ، لا يَصِحُّ ، وله أَجْرُ المِثْلِ . نَقَلَهَا أَبُو الحَارِثِ ، عن أحمد . وهذا مذهب مالِك ، والثَّوْرِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإِسْحَاقُ ، وأبُو ثَوْرٍ ؛ لَأَنَّهُ عَقْدٌ وَاحِدٌ ، اِخْتَلَفَ فِيهِ الْعَوَضُ بِالتَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ ، فلم يَصِحَّ ، كَالْوَقَالِ : بِعُتْكَ نَقْدًا بِدِرْهَمٍ أَوْ بِدِرْهَمَيْنِ نَسِيئَةً . والثَّانِيَةُ ، يَصِحُّ . وهو قولُ الحَارِثِ العُكْلِيِّ ، وأبِي يَوْسُفَ ، ومُحَمَّدٍ ؛ لَأَنَّهُ سَمَّى لِكُلِّ عَمَلٍ عَوَضًا مَعْلُومًا ، فَصَحَّ ، كَالْوَقَالِ : كُلُّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ . وقال أبو حَنِيفَةَ : إن خَاطَهُ اليَوْمُ فَلَهُ دِرْهَمٌ ، وإن خَاطَهُ غَدًا لَا يَزِيدُ عَلَى (١٠) دِرْهَمٍ ، وَلَا يَنْقُصُ عَنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ ؛ لِأَنَّ الْمُؤَجَّرَ قَدْ جَعَلَ لَهُ نِصْفَ دِرْهَمٍ ، فَلَا يَنْقُصُ مِنْهُ ، وهو قَدْ رَضِيَ فِي أَكْثَرِ الْعَمَلَيْنِ بِدِرْهَمٍ ، فَلَا يَزِيدُ عَنْهُ . وهذا لَا يَصِحُّ ؛ لَأَنَّهُ إِنْ صَحَّ الْعَقْدُ فَلَهُ الْمُسَمَّى ، وَإِنْ فَسَدَ فَوُجُودُهُ كَالْعَدَمِ ، وَيَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ .

فصل : وإن قال : إن خِطَّتْهُ رُومِيًّا فلكِ دِرْهَمٌ ، وإن خِطَّتْهُ فَارِسِيًّا فلكِ نِصْفُ دِرْهَمٍ . ففيهَا وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى الَّتِي قَبْلَهَا . وَالْخِلَافُ فِيهَا كَالَّتِي قَبْلَهَا ؛ (١١) إِلَّا أَنَّ (١٢) أَبَا حَنِيفَةَ وَافَقَ صَاحِبِيهِ (١٣) فِي الصَّحَّةِ هُنَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ لَمْ يَتَّعِنَ فِيهِ الْعَوَضُ وَلَا الْمُعَوَّضُ ، فلم يَصِحَّ . كَالْوَقَالِ : بِعُتْكَ هَذَا بِدِرْهَمٍ ، أَوْ هَذَا بِدِرْهَمَيْنِ . وَفَارَقَ هَذَا كُلُّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْعَمَلَ الثَّانِيَّ يَنْضُمُ إِلَى الْعَمَلِ الْأَوَّلِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَوَضٌ مُقَدَّرٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : بِعُتْكَ هَذِهِ الصَّبْرَةَ ، كُلُّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ . وَهُنَا الْخِيَاطَةُ وَاحِدَةٌ ، شَرَطَ فِيهَا عَوَضًا إِنْ وَجَدَتْ عَلَى صِفَةٍ ، وَعَوَضًا آخَرَ إِنْ وَجَدَتْ عَلَى أُخْرَى ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَهُ بِعَشْرَةِ صِحَاحٍ ، أَوْ (١٣) أَحَدَ عَشَرَ (١٤) مُكَسَّرَةً . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ وَقَفَ الْإِجَارَةُ عَلَى شَرْطٍ ، بقوله : إن خِطَّتْهُ كَذَا فلكِ

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « عَنْ » .

(١١ - ١٢) فِي ب ، م : « لِأَنَّ » .

(١٢) فِي ب ، م : « صَاحِبِهِ » .

(١٣ - ١٤) فِي ب ، م : « إِحْدَى عَشْرَةَ » .

كذا ، وإن خَطَّته كذا فلك كذا . بخلاف قوله : كل دَلْوٍ يَتَمَرَّةٌ .

فصل : ونَقَلَ مُهَنَّأ ، عن أحمد في مَنْ اسْتَأْجَرَ مِنْ حَمَالٍ إِلَى مِصْرَ^(١٤) بِأَرْبَعِينَ دِينَارًا ، فَإِنْ نَزَلَ دِمَشْقَ فِكْرَاؤُهُ ثَلَاثُونَ ، فَإِنْ نَزَلَ الرَّقَّةَ فِكْرَاؤُهُ عِشْرُونَ . فقال : إذا اكْتَرَى إِلَى الرَّقَّةِ بَعِشْرِينَ ، وَاكْتَرَى إِلَى دِمَشْقَ بَعِشْرَةَ ، وَاكْتَرَى إِلَى مِصْرَ بَعِشْرَةَ ، جَارَ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْحَمَالِ أَنْ يَرْجِعَ . فظاهر / هذا ، أَنَّهُ لَمْ يَحْكَمْ بِصِحَّةِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ؛ ١٠٨/٥ ظ
لأنَّهُ فِي مَعْنَى يَبْعَثِينَ فِي بَيْعَةٍ ، لِكُونِهِ خَيْرَهُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ عُقُودٍ . وَيُخَرِّجُ فِيهِ أَنْ يَصِحَّ ، بِنَاءً عَلَى الْمَسْأَلَتَيْنِ قَبْلَ هَذَا . وَنَقَلَ الْبُرْزَاطِيُّ^(١٥) ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَحْمِلُ لَهُ كِتَابًا إِلَى الْكُوفَةِ ، وَقَالَ : إِنْ أَوْصَلْتَ^(١٦) الْكِتَابَ يَوْمَ كَذَا وَكَذَا فَلَكَ عِشْرُونَ ، وَإِنْ تَأَخَّرْتَ بَعْدَ ذَلِكَ يَوْمٍ فَلَكَ عَشْرَةٌ . فَإِلَّا جَارَةٌ فَاسِدَةٌ ، وَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ . وَهَذَا مِثْلُ الَّذِي قَبْلَهُ . وَنَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ ، فِي مَنْ اكْتَرَى دَابَّةً ، وَقَالَ : إِنْ رَدَدْتُهَا غَدًا فِكْرَاؤُهَا عَشْرَةٌ ، وَإِنْ رَدَدْتُهَا الْيَوْمَ فِكْرَاؤُهَا خَمْسَةٌ . فَلَا بَأْسَ . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ تُدَلُّ عَلَى صِحَّةِ الْإِجَارَةِ ، وَالظَّاهِرُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ ، فِيمَا ذَكَرْنَا ، فَسَادُ الْعَقْدِ ، وَهُوَ قِيَاسُ يَبْعَثِينَ فِي بَيْعَةٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فِي مَسَائِلِ الصَّبْرِ ، وَفِيهَا عَشْرُ مَسَائِلَ ، أَحَدُهَا ، قَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَحْمِلَ لِي هَذِهِ الصَّبْرَةَ إِلَى مِصْرَ بَعِشْرَةَ . فَإِلَّا جَارَةٌ صَحِيحَةٌ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّ الصَّبْرَةَ مَعْلُومَةٌ بِالمُشَاهَدَةِ الَّتِي يَجُوزُ بَيْعُهَا بِهَا ، فَجَازَ الِاسْتِئْجَارُ عَلَيْهَا ، كَمَا لَوْ عَلِمَ كَيْلُهَا^(١٧) . الثَّانِيَةِ ، قَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَحْمِلَ لِي^(١٨) كُلَّ قَفِيزٍ بِدَرَاهِمٍ . فَيَصِحُّ أَيْضًا . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَصِحُّ فِي قَفِيزٍ ، وَيَبْطُلُ فِيمَا زَادَ . وَمَبْنَى

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « دِيَارِ مِصْرَ » .

(١٥) نَسَبَهُ إِلَى بُرْزَاطٍ ، قَالَ السَّمْعَانِيُّ : وَطَنِي أَنَّهُمَا مِنْ قَرْيَةِ بَغْدَادَ . وَلَعَلَّهُ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ الْبُرْزَاطِيُّ ، مِنْ أَهْلِ بَغْدَادَ .

انظر الأنساب ١٤٦/٢ .

(١٦) فِي ب ، م : « وَصَلْتَ » .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « حَمَلَهَا » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

الخِلَافِ عَلَى الْخِلَافِ فِي بَيْعِهَا ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . الثَّالِثَةُ ، قَالَ : لِتَحْمِلَهَا لِي قَفِيزًا^(١٩) بِدَرْهَمٍ ، وَمَا زَادَ فِي حِسَابِ ذَلِكَ . فَيَجُوزُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : كُلُّ قَفِيزٍ بِدَرْهَمٍ . وَكَذَلِكَ كُلُّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ حَمْلِ جَمِيعِهَا ، كَقَوْلِهِ : لِتَحْمِلَ مِنْهَا قَفِيزًا بِدَرْهَمٍ ، وَسَائِرُهَا أَوْ بَاقِيهَا بِحِسَابِ ذَلِكَ . أَوْ قَالَ : وَمَا زَادَ بِحِسَابِ ذَلِكَ . يُرِيدُ بِهِ بَاقِيَهَا كُلَّهُ ، إِذَا فُهِمَ ذَلِكَ مِنَ اللَّفْظِ ، لِذَلِكَ لَآتِيهِ عِنْدَهُمَا عَلَيْهِ ، أَوْ لِقَرِينَةٍ صُرِفَتْ إِلَيْهِ . الرَّابِعَةُ ، قَالَ : لِتَحْمِلَ مِنْهَا قَفِيزًا بِدَرْهَمٍ ، وَمَا زَادَ فِي حِسَابِ ذَلِكَ . يُرِيدُ مَهْمَا حَمَلْتَ مِنْ بَاقِيهَا . فَلَا يَصِحُّ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ بَعْضُهَا ، وَهُوَ مَجْهُولٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى كُلِّ ذَلْوٍ بِتَمَرَةٍ . الْخَامِسَةُ ، قَالَ : لِتَنْقُلَ لِي مِنْهَا كُلَّ قَفِيزٍ بِدَرْهَمٍ . فَهِيَ كَالرَّابِعَةِ سِوَاءً . السَّادِسَةُ ، قَالَ : لِتَحْمِلَ مِنْهَا قَفِيزًا بِدَرْهَمٍ ، عَلَى أَنْ تَحْمِلَ الْبَاقِيَ بِحِسَابِ ذَلِكَ . فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ لِتَحْمِلَ لِي كُلَّ قَفِيزٍ مِنْهَا^(٢٠) بِدَرْهَمٍ . السَّابِعَةُ ، قَالَ : لِتَحْمِلَ لِي هَذِهِ الصَّبْرَةَ ، كُلَّ قَفِيزٍ بِدَرْهَمٍ ، وَتَنْقُلَ لِي صَبْرَةً أُخْرَى فِي الْبَيْتِ بِحِسَابِ ذَلِكَ . فَإِنْ كَانَا يَعْلَمَانِ الصَّبْرَةَ الَّتِي فِي الْبَيْتِ بِالْمُشَاهَدَةِ ، صَحَّ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا كَالصَّبْرَةِ الْوَاحِدَةِ ، وَإِنْ جَهِلَهَا أَحَدُهُمَا ، صَحَّ فِي الْأُولَى وَبَطَلَ فِي الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا عَقْدَانِ أَحَدُهُمَا عَلَى مَعْلُومٍ ، وَالثَّانِي عَلَى مَجْهُولٍ ، فَصَحَّ فِي الْمَعْلُومِ ، وَبَطَلَ فِي الْمَجْهُولِ . كَمَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ عَبْدِي هَذَا بِعَشْرَةٍ ، وَعَبْدِي الَّذِي فِي الْبَيْتِ بِعَشْرَةٍ . الثَّامِنَةُ ، قَالَ : لِتَحْمِلَ لِي هَذِهِ الصَّبْرَةَ وَالتِّي فِي الْبَيْتِ بِعَشْرَةٍ . فَإِنْ كَانَا يَعْلَمَانِ التِّي فِي الْبَيْتِ ، صَحَّ فِيهِمَا ، وَإِنْ جَهِلَهَا ، بَطَلَ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ وَاحِدٌ ، بِعَوْضٍ وَاحِدٍ ، عَلَى مَعْلُومٍ وَمَجْهُولٍ ، بِخِلَافِ التِّي قَبْلَهَا . فَإِنْ كَانَا يَعْلَمَانِ التِّي فِي الْبَيْتِ ، لَكُنْهَا مَقْصُوبَةً ، أَوْ امْتَنَعَ تَصْحِيحُ الْعَقْدِ فِيهَا لِإِمْنَانِهَا ، بَطَلَ الْعَقْدُ فِيهَا . وَفِي صِحَّتِهِ

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « كُلُّ قَفِيزٍ » .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢١) في الأخرى (٢) وَجْهَانِ ، بِنَاءٌ عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ ، إِلَّا أَنَّهُمَا إِنْ كَانَتْ قَفَرَاتُهُمَا مَعْلُومَةً ، أَوْ قَدَّرُ أَحَدُهُمَا مَعْلُومًا مِنَ الْأُخْرَى ، فَلَاؤُلَى صِحَّتُهُ ؛ لِأَنَّ قِسْطَ الْأَجْرِ فِيهَا مَعْلُومٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، فَلَاؤُلَى بُطْلَانُهُ ؛ لِجِهَالِ الْعَوَضِ فِيهَا .
التاسعة ، قال : لِتَحْمِيلِ لِي هَذِهِ الصَّبْرَةِ ، وَهِيَ عَشْرَةُ أَقْفَازَةٍ ، بِدَرَاهِمٍ ، فَإِنْ زَادَتْ عَلَى ذَلِكَ ، فَالزَّائِدُ بِحِسَابِ ذَلِكَ . صَحَّ فِي الْعَشْرَةِ ؛ لِأَنَّهَا مَعْلُومَةٌ ، وَلَمْ يَصِحَّ فِي الزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّهَا مَشْكُوكٌ فِيهَا ، وَلَا يَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَى مَا يُشْكُ فِيهِ . العاشرة ، قال : لِتَحْمِيلِ لِي (٢٢) هَذِهِ الصَّبْرَةِ ، كُلِّ قَفِيرٍ بِدَرَاهِمٍ ، فَإِنْ قَدِمَ لِي طَعَامٌ فَحَمَلْتُهُ ، فَبِحِسَابِ ذَلِكَ . صَحَّ أَيْضًا فِي الصَّبْرَةِ ، وَفَسَدَ فِي الزِّيَادَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

٩٠٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنِ اكْتَرَى إِلَى مَكَّةَ ، فَلَمْ يَرَ الْجَمَالَ الرَّاكِبِينَ ، وَالْمَحَامِلَ ، وَالْأَغْطِيَةَ ، وَالْأَوْطَقَةَ ، لَمْ يَجْزِ الْكِرَاءُ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى إِجَارَةِ كِرَاءِ الْإِبِلِ إِلَى مَكَّةَ وَغَيْرِهَا ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا ﴾ (١) . وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الْمَمْلُوكَةِ وَالْمُكْتَرَاةِ .
وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ (٢) : أَنْ تُحْجَّ وَتُكْرَى . وَنَحْوُهُ عَنْ ابْنِ عُمرَ ، وَلَأَنَّ النَّاسَ حَاجَةً إِلَى السَّفَرِ ، وَقَدْ فَرَضَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِمُ الْحَجَّ ، وَأَخْبَرَ أَنَّهُمْ يَأْتُونَ رِجَالًا (٣) وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ . وَلَيْسَ لِكُلِّ أَحَدٍ بِهِمَّةٌ يَمْلِكُهَا ، وَلَا يَقْدِرُ عَلَى مُعَانَاتِهَا ، وَالْقِيَامِ بِهَا ، وَالشَّدِّ عَلَيْهَا ، فَدَعَتِ الْحَاجَةُ إِلَى اسْتِئْجَارِهَا ، فَجَازَ ، دَفْعًا لِلْحَاجَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَمِنْ شَرْطِ صَحَّةِ الْعَقْدِ مَعْرِفَةُ الْمُتَعَاقِدِينَ مَا عَقَدَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ

(٢١ - ٢٢) فِي ب : « وَفِي الْأُخْرَى » . وَفِي م : « وَفِي صَحَّةِ الْأُخْرَى » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١) سُورَةُ النَّحْلِ ٨ .

(٢) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ١٩٨ .

(٣) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « وَرُكْبَانًا » .

مَخْضِيَّةٌ ، فكان من شَرْطِهِ الْمَعْرِفَةُ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ . فَأَمَّا الْجَمَّالُ فَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الرَّاكِبِينَ / ، وَالْآلَةِ الَّتِي يَرْكَبُونَ فِيهَا ، مِنْ مَحْمِلٍ أَوْ مَحَارَةٍ^(٤) وَغَيْرِهَا ، وَإِنْ كَانَ مِقْنَبًا^(٥) ذَكَرَهُ ، وَهَلْ يَكُونُ مُعْطًى أَوْ مَكْشُوفًا ، فَإِنْ كَانَ مُعْطًى احتِجَّ إِلَى مَعْرِفَةِ الْغِطَاءِ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْوِطَاءِ الَّذِي يُوطَأُ بِهِ الْمَحْمِلُ ، وَالْمَعَالِيْقِ الَّتِي مَعَهُ مِنْ قَرَبَةٍ وَسَطِيحَةٍ وَسُفْرَةٍ وَنَحْوِهَا ، وَذَكَرَ سَائِرَ مَا يَحْمِلُ مَعَهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، إِلَّا أَنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ : يَجُوزُ إِطْلَاقُ غِطَاءِ الْمَحْمِلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا مُتَبَايِنًا . وَحُكِيَ عَنْهُ فِي الْمَعَالِيْقِ قَوْلٌ ، أَنَّهُ يَجُوزُ إِطْلَاقُهَا ، وَتُحْمَلُ عَلَى الْعُرْفِ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ ، أَنَّهُ يَجُوزُ إِطْلَاقُ الرَّاكِبِينَ ؛ لِأَنَّ أَجْسَامَ النَّاسِ مُتَقَارِبَةٌ فِي الْعَالِبِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا قَالَ : فِي الْمَحْمِلِ رَجُلَانِ ، وَمَا يُصْلِحُهُمَا مِنَ الْوِطَاءِ وَالذُّثْرِ . جَازَ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَقَارَبُ فِي الْعَادَةِ ، فَحْمِلٌ عَلَى الْعَادَةِ ، كَالْمَعَالِيْقِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي غِطَاءِ الْمَحْمِلِ كَقَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا يَخْتَلِفُ وَيَتَبَايَنُ كَثِيرًا ، فَاشْتَرَطْتُ مَعْرِفَتَهُ ، كَالطَّعَامِ الَّذِي يَحْمِلُ^(٦) مَعَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ أَجْسَامُ النَّاسِ مُتَقَارِبَةٌ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ مِنْهُمْ الْكَبِيرَ وَالصَّغِيرَ ، وَالطَّوِيلَ وَالْقَصِيرَ ، وَالسَّيِّمَ وَالْهَزِيلَ ، وَالذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ، وَيَخْتَلِفُونَ بِذَلِكَ ، وَيَتَبَايَنُونَ كَثِيرًا ، وَيَتَفَاوَتُونَ أَيْضًا فِي الْمَعَالِيْقِ ، فَمِنْهُمْ مَنْ يُكْثِرُ الرَّادَّ وَالْحَوَائِجَ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقْنَعُ بِالْيَسِيرِ ، وَلَا عُرْفَ لَهُ يُرْجَعُ إِلَيْهِ ، فَاشْتَرَطْتُ مَعْرِفَتَهُ ، كَالْمَحْمِلِ وَالْأَوْطَةِ . وَكَذَلِكَ غِطَاءُ الْمَحْمِلِ ، مِنَ النَّاسِ مَنْ يَخْتَارُ الْوَاسِعَ الثَّقِيلَ الَّذِي يَشْتَدُّ عَلَى الْحَمْلِ فِي الْهَوَاءِ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقْنَعُ بِالضَّيِّقِ^(٧) الْخَفِيفِ ، فَتَجِبُ مَعْرِفَتُهُ ، كَسَائِرِ مَا ذَكَرْنَا . وَأَمَّا الْمُسْتَأْجَرُ ، فَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الدَّابَّةِ الَّتِي يَرْكَبُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ ، وَتُحْصَلُ بِأَحَدٍ أَمْرَيْنِ ؛ إِمَّا بِالرُّؤْيَةِ ، فَيَكْتَفَى بِهَا ؛ لِأَنَّهَا أَعْلَى طَرُقِ الْعِلْمِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَحْتَاجُ

(٤) المحارة : شبه الهودج .

(٥) المقنب : شبه مخلاة يجعل فيها الصائد ما يصيد .

(٦) في الأصل : « يحمله » .

(٧) سقط من : الأصل .

إلى مَعْرِفَةِ صِفَةِ الْمُسَمَّى فِيهِ ، كَالرَّهْوَالِ^(٨) وَغَيْرِهِ ، فَإِمَّا أَنْ يُجَرَّبَهُ فَيَعْلَمَ ذَلِكَ بِرُؤْيَيْهِ ، وَإِمَّا أَنْ يَصِفَهُ ، وَإِمَّا بِالصِّفَةِ ، فَإِذَا وَجِدْتَ اكْتَفَى بِهَا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ ضَبْطَهُ بِالصِّفَةِ ، فَجَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ . وَإِذَا اسْتَأْجَرَ بِالصِّفَةِ لِلرُّكُوبِ ، اخْتِاجَ إِلَى ذِكْرِ الْجِنْسِ ، فَيَقُولُ : إِبِلٌ ، أَوْ خَيْلٌ ، أَوْ بَعَالٌ ، أَوْ حَمِيرٌ . وَالتَّنَوُّعُ فَيَقُولُ : بُحْتَى ، أَوْ عَرَبِيٌّ . وَفِي الْخَيْلِ : عَرَبِيٌّ أَوْ بَرْدَوْنٌ . وَفِي الْحَمِيرِ : مِصْرِيٌّ أَوْ شَامِيٌّ . وَإِنْ كَانَ فِي التَّنَوُّعِ مَا يَخْتَلِفُ ، كَالْمُهْمَلَجِ^(٩) مِنَ الْخَيْلِ / ، وَالْقَطُوفِ^(١٠) ، اخْتِيجَ إِلَى ١١٠/٥ وَذِكْرِ الْقَاضِي أَنَّهُ يَخْتِاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الذَّكُورِيَّةِ وَالْأُنْثَوِيَّةِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ ، فَإِنَّ الْأُنْثَى أَسْهَلُ وَالذَّكَرُ أَقْوَى . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَا يَخْتِاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهِ يَسِيرٌ ، وَمَتَى كَانَ الْكِرَاءُ إِلَى مَكَّةَ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَخْتِاجُ إِلَى ذِكْرِ الْجِنْسِ وَلَا التَّنَوُّعِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الَّذِي يُحْمَلُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِ مَكَّةَ إِنَّمَا هُوَ الْجِمَالُ الْعَرَابُ ، دُونَ الْبَحَائِثِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ الْكِرَاءُ إِلَى مَكَّةَ ، أَوْ طَرِيقَ لَا يَكُونُ السَّيْرُ فِيهِ إِلَى اخْتِيَارِ الْمُتَكَارِبَيْنِ ، فَلَا وَجْهَ لِذِكْرِ تَقْدِيرِ السَّيْرِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ إِلَيْهِمَا ، وَلَا مَقْدُورٌ عَلَيْهِ لهما . وَإِنْ كَانَ فِي طَرِيقِ السَّيْرِ فِيهِ إِلَيْهِمَا ، اسْتَحَبَّ ذِكْرُ قَدْرِ السَّيْرِ فِي كُلِّ يَوْمٍ . فَإِنْ أَطْلَقَ وَلِلطَّرِيقِ^(١١) مَنَازِلَ مَعْرُوفَةً ، جَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ بِالْعُرْفِ . وَمَتَى اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ ، وَفِي مِيقَاتِ السَّيْرِ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا ، أَوْ فِي مَوْضِعِ الْمَنْزِلِ ، إِمَّا فِي دَاخِلِ الْبَلَدِ ، أَوْ خَارِجٍ مِنْهُ ، حُمِلَا عَلَى الْعُرْفِ ، كَمَا لَوْ أَطْلَقَا الثَّمَنَ فِي بَلَدٍ فِيهِ نَقْدٌ مَعْرُوفٌ . وَإِنْ

(٨) الرهوال ، بالكردية : البردون إذا كان لين الظهر في السير . الألفاظ الفارسية المعربة ، لأدى شير ٧٤ .

(٩) المهملج : ما ذلل وسلس قياده من الدواب .

(١٠) القطوف : التي تسمى السير وتبطن .

(١١) في الأصل : « الطريق » .

لم يَكُنْ لِلطَّرِيقِ عُرْفٌ ، وَأُطْلِقَ الْعَقْدُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ ، كَمَا لَوْ أُطْلِقَ الثَّمَنُ ١١٠/٥ ط
 فِي بَلَدٍ لَا عُرْفَ فِيهِ . وَالْأَوَّلَى أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِشَرْطٍ ؛ لِأَنَّهُ / لَوْ كَانَ شَرْطًا لَمَّا صَحَّ الْعَقْدُ
 بِدُونِهِ فِي الطَّرِيقِ الْمَخُوفِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِتَقْدِيرِ السَّيْرِ فِي طَرِيقٍ ، وَمَتَى اخْتَلَفَا ،
 رُجِعَ إِلَى الْعُرْفِ فِي غَيْرِ تِلْكَ الطَّرِيقِ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَطَ حَمَلُ زَادٍ مُقَدَّرٍ ، كَمَا تَرَطَّلُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ يُبَدَّلُ مِنْهُمَا
 مَا نَقَصَ بِالْأَكْلِ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَإِنْ شَرَطَ أَنَّ مَا نَقَصَ بِالْأَكْلِ لَا يُبَدَّلُ ، لَمْ
 يَكُنْ لَهُ إِبْدَالُهُ . فَإِنْ ذَهَبَ بِغَيْرِ الْأَكْلِ ، كَسَرِقَةٍ أَوْ سُقُوطٍ ، فَلَهُ إِبْدَالُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَمْ
 يَدْخُلْ فِي شَرْطِهِ . وَإِنْ أُطْلِقَ الْعَقْدُ ، فَلَهُ إِبْدَالُ مَا ذَهَبَ بِسَرِقَةٍ أَوْ سُقُوطٍ أَوْ أَكْلٍ غَيْرِ
 مُعْتَادٍ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ . وَإِنْ نَقَصَ بِالْأَكْلِ الْمُعْتَادِ ، فَلَهُ إِبْدَالُهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ حَمْلَ
 مِقْدَارٍ مَعْلُومٍ ، فَمَلَكَ إِبْدَالَ مَا نَقَصَ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ نَقَصَ بِسَرِقَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ
 إِبْدَالَهُ ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِأَنَّ الزَّادَ يَنْقُصُ ، فَلَا يُبَدَّلُ ، فَحَمْلُ الْعَقْدِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ عَلَى
 الْعُرْفِ ، وَصَارَ كَالْمُصَرَّحِ بِهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : الْقِيَاسُ أَنَّ لَهُ إِبْدَالَهُ . وَلَوْ قِيلَ : لَيْسَ
 لَهُ إِبْدَالُهُ . كَانَ مَذْهَبًا ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الزَّادَ لَا يَبْقَى جَمِيعَ الْمَسَافَةِ ، وَلِذَلِكَ يَقُلُّ أَجْرُهُ
 عَنْ أَجْرِ الْمَتَاعِ .

فصل : وَإِذَا اكْتَرَى جَمَلًا لِيَحُجَّ عَلَيْهِ ، فَلَهُ الرُّكُوبُ عَلَيْهِ إِلَى مَكَّةَ ، وَمِنْ مَكَّةَ إِلَى
 عَرَفَةَ ، وَالخُرُوجُ عَلَيْهِ إِلَى مِنًى ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الْحَجِّ . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ الرُّكُوبُ / إِلَى
 مِنًى ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ التَّحَلُّلِ مِنَ الْحَجِّ . وَالْأَوَّلَى أَنَّ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الْحَجِّ وَتَوَابِعِهِ ،
 وَلِذَلِكَ وَجَبَ عَلَى مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ دُونَ غَيْرِهِ ، فَدَخَلَ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى
 النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ ^(١٢) . وَمَنْ اكْتَرَى إِلَى مَكَّةَ فَقَطْ ، فَلَيْسَ
 لَهُ الرُّكُوبُ إِلَى الْحَجِّ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْكِرَاءَ إِلَى مَكَّةَ عِبَارَةٌ
 عَنْ الْكِرَاءِ لِلْحَجِّ ، لِكُونِهَا لَا يُكْتَرَى إِلَيْهَا إِلَّا لِلْحَجِّ غَالِبًا ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمُكْتَرَى
 لِلْحَجِّ .

(١٢) سورة آل عمران ٩٧ .

فصل: فيما يلزم المُكْرَى والمُكْتَرَى للرُّكُوب ، يلزم المُكْرَى كُلُّ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ أَنْ يُوطَأَ بِهِ الْمَرْكُوبُ لِلرَّاكِبِ ، مِنَ الْحَدَاجَةِ^(١٣) لِلْجَمَلِ ، وَالْقَتَبِ ، وَالزَّمَامِ الَّذِي يُقَادُّ بِهِ الْبَعِيرُ ، وَالْبَرَّةِ الَّتِي فِي أَنْفِ الْبَعِيرِ ، إِنْ كَانَتْ الْعَادَةُ جَارِيَةً بَيْنَهُمَا . وَإِنْ كَانَ قَرَسًا ، فَاللِّجَامُ وَالسَّرَجُ . وَإِنْ كَانَ بَغْلًا أَوْ جِمَارًا فَالْبَرْدَعَةُ وَالْإِكَافُ ؛ لِأَنَّ هَذَا هُوَ الْعُرْفُ ، فَحِمْلُ الْإِطْلَاقِ عَلَيْهِ . وَعَلَى الْمُكْتَرَى مَا يَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ ، كَالْمَحْمِلِ ، وَالْمَحَارَةِ ، وَالْحَبْلِ الَّذِي يُشَدُّ بِهِ بَيْنَ الْمُحْمِلَيْنِ أَوْ الْمَحَارَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ مَصْلَحَةِ الْمَحْمِلِ ، وَالِوِطَاءِ الَّذِي يُشَدُّ فَوْقَ الْحَدَاجَةِ تَحْتَ الْمَحْمِلِ^(١٤) . وَعَلَى الْمُكْرَى رَفْعُ الْمَحْمِلِ^(١٥) ، وَحَطُّهُ ، وَشُدُّهُ^(١٥) عَلَى الْجَمَلِ ، وَرَفْعُ الْأَحْمَالِ وَشُدُّهَا وَحَطُّهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا هُوَ الْعُرْفُ ، وَبِهِ يُتِمَكَّنُ مِنَ الرُّكُوبِ ./ وَيَلْزَمُهُ الْقَائِدُ وَالسَّائِقُ ، هَذَا إِذَا كَانَ الْكِرَاءُ عَلَى أَنْ يَذْهَبَ مَعَ الْمُكْتَرَى ، وَإِنْ كَانَ عَلَى أَنْ يَتَسَلَّمَ الرَّاكِبُ الْبَهِيمَةَ يَرْكُبُهَا لِنَفْسِهِ ، فَكُلُّ ذَلِكَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الَّذِي عَلَى الْمُكْرَى تَسْلِيمُ الْبَهِيمَةِ ، وَقَدْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ^(١٦) . فَأَمَّا الدَّلِيلُ فَهُوَ عَلَى الْمُكْتَرَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ خَارِجٌ عَنِ الْبَهِيمَةِ الْمُكْتَرَاةِ وَآلَتِهَا ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ ، كَالزَّادِ . وَقِيلَ : إِنْ كَانَ اكْتَرَى مِنْهُ بِهِيمَةً بَعَيْنَهَا ، فَأُجِرَ الدَّلِيلُ عَلَى الْمُكْتَرَى ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي عَلَيْهِ أَنْ يُسَلَّمَ الظَّهَرُ ، وَقَدْ سَلَّمَهُ ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى حِمْلِهِ إِلَى مَكَانٍ مُعَيَّنٍ فِي الذِّمَّةِ ، فَهُوَ عَلَى الْمُكْرَى ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مُؤَنَةِ إِصَالِهِ إِلَيْهِ ، وَتَحْصِيلِهِ فِيهِ .

فصل: وإذا كان الرَّاكِبُ^(١٧) مِمَّنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى الرُّكُوبِ وَالْبَعِيرُ قَائِمٌ ، كَالْمَرْأَةِ وَالشَّيْخِ وَالضَّعِيفِ وَالسَّمِينِ وَشَبِيهِهِمْ ، فَعَلَى الْجَمَالِ أَنْ يُبْرِكَ الْجَمَلَ لِرُّكُوبِهِ وَنُزُولِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الرُّكُوبِ وَالنُّزُولِ إِلَّا بِهِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يُمَكِّنُهُ الرُّكُوبُ وَالنُّزُولُ وَالْبَعِيرُ قَائِمٌ ، لَمْ يَلْزَمْ الْجَمَالُ أَنْ يُبْرِكَ^(١٨) لَهُ الْجَمَلَ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ اسْتِيفَاءً

(١٣) الحداجة : مركب للنساء ، كالخفة .

(١٤) في ب ، م : : الحمل .

(١٥) - ١٥) سقط من : م .

(١٦) سقط من : ب ، م .

(١٧) سقط من : ب .

(١٨) سقط من : الأصل ، ب .

المَعْقُودِ عَلَيْهِ بِدُونِ هَذِهِ الْكُلْفَةِ . وَإِنْ كَانَ قَوِيًّا حَالَ الْعَقْدِ ، فَضَعُفَ فِي أَثْنَائِهِ ، أَوْ ضَعِيفًا فَقَوِيَ ، فَلَا عِتْبَارُ بِحَالِ الرُّكُوبِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ اقْتَضَى رُكُوبَهُ بِحَسَبِ الْعَادَةِ . وَيَلْزَمُ الْجَمَّالُ أَنْ يَقِفَ الْبَعِيرَ لِيَنْزِلَ لِصَلَاةِ الْفَرِيضَةِ ، وَقَضَاءِ حَاجَةِ الْإِنْسَانِ ، وَطَهَارَتِهِ ، وَيَدْعَ الْبَعِيرَ وَاقِفًا حَتَّى يَفْعَلَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ فِعْلُ شَيْءٍ مِنْ هَذَا عَلَى ظَهْرِ الْبَعِيرِ ، وَمَا أُمَكِّنُهُ فِعْلُهُ عَلَيْهِ مِنَ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَصَلَاةِ النَّافِلَةِ مِنَ السُّنَنِ وَغَيْرِهَا ، لَمْ يَلْزَمْهُ أَنْ يَتْرَكَهُ لَهُ ، وَلَا / يَقِفَ عَلَيْهِ مِنْ أَجْلِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الْمُكْتَرَى إِثْمَامَ الصَّلَاةِ ، وَطَالَبَهُ الْجَمَّالُ بِقَصْرِهَا ، لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ ؛ بَلْ تَكُونُ خَفِيفَةً فِي تَمَامِ . وَمِنْ أَكْثَرَى بَعِيرًا لِإِنْسَانٍ يَرْكَبُهُ لِنَفْسِهِ ، وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ سِوَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ وَفَى لَهُ بِمَا عَقَدَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ سِوَاهُ .

و ١١٢/٥

فصل : وَإِذَا أَكْثَرَى ظَهْرًا فِي طَرِيقِ الْعَادَةِ فِيهِ التَّزَوُّلُ وَالْمَشْيُ عِنْدَ اقْتِرَابِ الْمَنْزِلِ ، وَالْمُكْتَرَى امْرَأَةً أَوْ ضَعِيفًا ، لَمْ يَلْزَمْهُ التَّزَوُّلُ ؛ لِأَنَّهُ أَكْثَرَاهُ جَمِيعَ الطَّرِيقِ ، وَلَمْ تَجْرِ لَهُ عَادَةٌ بِالْمَشْيِ ، فَلَزِمَ حَمْلُهُ فِي جَمِيعِ الطَّرِيقِ ، كَالْمَتَاعِ . ^(١٩) وَإِنْ كَانَ جَلْدًا قَوِيًّا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَلْزَمْهُ التَّزَوُّلُ ^(٢٠) أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى ^(٢١) جَمِيعِ الطَّرِيقِ ^(٢٢) ، فَلَا يَلْزَمْهُ تَرْكُهُ فِي بَعْضِهَا كَالضَّعِيفِ . وَالثَّانِي ، يَلْزَمْهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَارَفٌ ، وَالْمُتَعَارَفُ كَالْمَشْرُوطِ .

فصل : وَإِنْ هَرَبَ الْجَمَّالُ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ ، أَوْ قَبْلَ الدُّخُولِ فِيهَا ، لَمْ يَحُلْ مِنْ حَالَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَهْرَبَ بِجِمَالِهِ ، فَيُنْظَرُ ؛ فَإِنْ لَمْ يَجِدِ الْمُسْتَأْجِرُ حَاكِمًا ، أَوْ وَجَدَ حَاكِمًا وَلَمْ يُمْكِنْ إِبْثَابُ الْحَالِ عِنْدَهُ ، أَوْ أُمَكِّنَ الْإِبْثَابُ عِنْدَهُ وَلَا يَحْصُلُ لَهُ مَا يَكْتَرَى بِهِ مَا يَسْتَوْفِي حَقَّهُ مِنْهُ ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ فَسْخُ الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ عَلَيْهِ قَبْضُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَفْلَسَ الْمُشْتَرَى ، أَوْ انْقَطَعَ الْمُسْلَمُ فِيهِ عِنْدَ مَحَلِّهِ . فَإِنْ فَسَخَ الْعَقْدَ ، وَكَانَ الْجَمَّالُ قَدْ قَبْضَ الْأَجْرَ ، كَانَ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنْ اخْتَارَ الْمَقَامَ عَلَى

(١٩ - ٢٠) سقط من : ب .

العقد ، وكانت الإجارة على عمل في الذمة ، فله ذلك ، ومتى قدر على الجمال طالبه به ، / وإن كان العقد على مدة انقضت في هربه ، انفسخ العقد بذلك . وإن أمكنه إثبات ١١٢/٥ ظ الحال عند الحاكم ، وكان العقد على موصوف غير معين ، لم ينفسخ العقد ، ويرفع الأمر إلى الحاكم ، ويثبت عنده حاله ، فينظر الحاكم ، فإن وجد للجمال مالا أكثرى به له (٢٠) ، وإن لم يجد له مالا ، وأمكنه أن يقترض على الجمال من بيت المال ، أو من غيره ما يكثرى له به ، فعلى ، فإن دفع الحاكم المال إلى المكثرى ليكثرى لنفسه به ، جاز (٢١) في ظاهر كلام أحمد . وإن اقترض عليه من المكثرى ما يكثرى (٢٢) به ، جاز (٢٣) ، وصار ديناً في ذمة الجمال . وإن كان العقد على معين ، لم يجوز إبداله ، ولا اكتراء غيره ؛ لأن العقد تعلق بعينه ، فيتخير المكثرى بين الفسخ أو البقاء إلى أن يقدر عليه ، فيطالبه بالعمل . الحال الثاني ، إذا هرب الجمال ، وترك جماله ، فإن المكثرى يرفع الأمر إلى الحاكم ، فإن وجد للجمال مالا ، استأجر به من يقوم مقام الجمال في الإنفاق على الجمال ، والشد عليها ، وحفظها وفعل ما يلزم الجمال فعله ، فإن لم يجد له غير الجمال ، وكان فيها فضلة عن الكراء ، باع بقدر ذلك ، وإن لم يكن فيها فضل ، أو لم يمكن بيعه ، اقترض عليه الحاكم ، كما قلنا . وإن أذن من المكثرى وأنفق ، جاز . وإن أذن للمكثرى في الإنفاق من ماله بالمعروف ، ليكون ديناً على الجمال ، جاز ؛ لأنه في (٢٣) موضع حاجة . وإذا رجع الجمال ، واختلفا فيما أنفق ، نظرنا ؛ فإن كان الحاكم قدّر له ما ينفق ، قبل قوله في قدر (٢٠) ذلك ، وما زاد لا يحتسب له (٢٤) به ، وإن لم يقدّر له ، قبل قوله في قدر الثقة بالمعروف ؛ لأنه / أمين ، ١١٣/٥ و

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١ - ٢٢) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٢) في الأصل : « يكثرى » .

(٢٣) سقط من : الأصل ، م .

(٢٤) سقط من : م .

وما زاد لا يرجع به ؛ لأنه مُتَطَوِّعٌ به . وإذا وَصَلَ الْمُكْتَرَى ، رَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ ، فَفَعَلَ مَا يَرَى الْحَظُّ فِيهِ ، مِنْ بَيْعِ الْجَمَالِ ، فَيُوقَى عَنْ الْجَمَالِ مَا لَزِمَهُ مِنَ الدَّيْنِ لِلْمُكْتَرَى أَوْ لغيره ، وَيَحْفَظُ بَاقِيَ الثَّمَنِ لَهُ . وَإِنْ رَأَى بَيْعَ بَعْضِهَا ، وَحَفِظَ بَاقِيَهَا ، وَالْإِتِّفَاقَ عَلَى الْبَاقِي مِنْ ثَمَنِ مَا بَاعَ ، جَازَ . وَإِنْ لَمْ يَجِدْ حَاكِمًا ، أَوْ عَجَزَ عَنْ اسْتِدَانِهِ ، فَلَهُ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهَا ، وَيُقِيمَ مَقَامَ الْجَمَالِ فِيهَا يَلْزِمُهُ ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ مُتَبَرِّعًا بِهِ ^(٢٥) ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ . وَإِنْ نَوَى الرُّجُوعَ ، وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ ، رَجَعَ بِهِ ؛ لَأَنَّهُ حَالُ ضَرُورَةٍ . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِلشَّافِعِيِّ . وَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ ، وَنَوَى الرُّجُوعَ ، فَقَى الرُّجُوعَ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَرْجِعُ بِهِ ؛ لِأَنَّ تَرْكَ الْجَمَالِ مَعَ الْعِلْمِ بِأَنَّهَا لَا بُدَّ لَهَا مِنْ تَفَقُّعٍ ، إِذَنْ فِي الْإِتِّفَاقِ . وَالثَّانِي ، لَا يَرْجِعُ بِهِ ؛ لَأَنَّهُ يُثْبِتُ لِنَفْسِهِ حَقًّا عَلَى غَيْرِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يُشْهَدُهُ فَأَتَّفَقَ مُحْتَاسِبًا بِالرُّجُوعِ . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ ؛ لِقَوْلِنَا : يَرْجِعُ بِمَا أَتَّفَقَ عَلَى الْآبِقِ ، وَعَلَى عِيَالِ الْغَائِبِ وَزَوْجَاتِهِ ، وَالذَّائِبَةِ الْمَرْهُونَةِ . وَلَوْ قَدَّرَ عَلَى اسْتِدَانِ الْحَاكِمِ ، فَأَتَّفَقَ مِنْ غَيْرِ اسْتِدَانِهِ ، وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ ، فَقَى رُجُوعَهُ وَجْهَانِ أَيْضًا . وَحُكْمُ مَوْتِ الْجَمَالِ ، حُكْمُ هَرَبِهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : مَذْهَبُ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْمَوْتَ لَا يَفْسُخُ الْإِجَارَةَ ، وَلَهُ أَنْ يَرْكَبَهَا ، وَلَا يُسْرِفَ فِي عَافِيهَا ، وَلَا يَقْصُرَ ، وَيَرْجِعَ بِذَلِكَ فِي مَالِ الْمُتَوَفَّى ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ مَا يُنْفِقُهُ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ / يَبِيعَ مِنْهَا شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ إِثْمًا يَجُوزُ مِنَ الْمَالِكِ ، أَوْ مِنْ نَائِبِهِ ، أَوْ مِمَّنْ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَيْهِ .

١١٣/٥ ط

فصل : قال أصحابنا : يَصِحُّ كِرَاءُ الْعُقْبَةِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَمَعْنَاهَا : الرُّكُوبُ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ ، يَرْكَبُ شَيْئًا وَيَمْشِي شَيْئًا ؛ لَأَنَّهُ إِذَا جَازَ أَكْثَرَاؤُهَا فِي الْجَمِيعِ ، جَازَ أَكْثَرَاؤُهَا فِي الْبَعْضِ . وَلَا بُدَّ مِنْ كَوْنِهَا مَعْلُومَةً ، إِمَّا أَنْ يُقَدَّرَ بِهَا بَقَرَا سِخَ مَعْلُومَةٍ ، وَإِمَّا بِالزَّمَانِ ، مِثْلَ أَنْ يَرْكَبَ لَيْلًا وَيَمْشِيَ نَهَارًا ، وَيُعْتَبَرُ فِي هَذَا زَمَانُ السَّيْرِ دُونَ زَمَانِ التَّنَزُّلِ . وَإِنْ أَتَّفَقَا عَلَى أَنْ يَرْكَبَ يَوْمًا وَيَمْشِيَ يَوْمًا ، جَازَ . فَإِنْ أَكْثَرَى عُقْبَةً ، وَأَطْلَقَ ، احْتَمَلُ أَنْ يَجُوزَ ، وَيُحْمَلُ عَلَى الْعُرْفِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ

ذلك يَخْتَلِفُ ، وليس له ضابطٌ ، فيكون مَجْهُولًا . وإن اتَّفَقَا على أن يَرْكَبَ ثلاثةَ أيامٍ ، ^(٢٦) وَيَمْشِي ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ^(٢٦) ، أو مازادَ وَتَقْصَ ، جازَ . وإن اختلفا ، لم يُجْبِرِ الْمُتَنَبِّعُ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ الْمَاشِي لِذَوَامِ الْمَشْيِ عَلَيْهِ ، وَعَلَى الْجَمَلِ لِذَوَامِ الرُّكُوبِ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا رَكِبَ بَعْدَ شِدَّةٍ ^(٢٧) تَعَبَهُ كَانَ أَثْقَلَ عَلَى الْبَعِيرِ . وَإِنْ أَكْثَرَى اثْنَانِ جَمَلًا يَرْكَبَانِهِ عُقْبَةً وَعُقْبَةً ، جازَ ، وَيَكُونُ كِرَاؤُهُمَا طَوْلَ الطَّرِيقِ ، وَالِاسْتِيفَاءُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا يَتَّفَقَانِ عَلَيْهِ ^(٢٨) . وَإِنْ تَشَاخَا ، قُسِمَ بَيْنَهُمَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَراسِيخٌ مَعْلُومَةٌ ، أَوْ لِأَحَدِهِمَا اللَّيْلُ وَلِلْآخَرِ النَّهَارُ . وَإِنْ كَانَ لِدَٰلِكَ عُرْفٌ ، رُجِعَ إِلَيْهِ . وَإِنْ اختلفا فِي الْبَادِي مِنْهُمَا ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ كِرَاؤُهُمَا ، لِأَنَّ يَتَّفَقَ عَلَى رُكُوبٍ مَعْلُومٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَجْهُولٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَيَا عَبْدَيْنِ عَلَى أَنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَبْدًا مُعَيَّنًا ^(٢٨) مِنْهُمَا .

٩٠٨ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ رَأَى الرَّايَيْنِ ، أَوْ وَصَفَا لَهُ ، وَذَكَرَ الْبَاقِي بِأَرْطَالٍ مَعْلُومَةٍ ، فَجَائِزٌ)

وجملته أن المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية في الرايين ، إذا وصفهما بما يختلفان / به ، في الطول والقصر ، والهزال والسمن ، والصحة والمرض ، والصغر والكبر ، ^{١١٤/٥ و} والدكورية والأنثوية ، والباقي يكفي فيه ذكر الوزن . وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب : لا بد من معرفة الرايين بالرؤية ؛ لأنه يختلف بثقله وخفته ، وسكونه وحركته ، ولا يتضبط بالوصف ، فيجب تعيينه . وهذا مذهب الشافعي . ولهم في المحمل وجه ، أنه لا تكفي فيه الصفة ، ويجب تعيينه . ولنا ، أنه عقد معاوضة مضاف إلى حيوان ، فاكفَى فيه بالصفة ، كالبيع ، وكالمركوب في الإجارة ، ولأنه

(٢٦ - ٢٦) سقط من : ب .

(٢٧) في ب : « مدة » .

(٢٨) سقط من : الأصل ، ب .

لو لم يُكْتَفَ فيه^(١) بالصِّفَةِ ، لَمَا جَازَ لِلرَّاكِبِ أَنْ يُقِيمَ غَيْرَهُ مُقَامَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَعْلَمُ كَوْنَهُ مِثْلَهُ لِسَاوِيهِمَا فِي الصِّفَاتِ ، فَمَا لَا تَأْتِي عَلَيْهِ الصِّفَاتُ لَا يَعْلَمُ التَّسَاوِي فِيهِ ، وَلِأَنَّ الْوَصْفَ يُكْتَفَى بِهِ فِي الْبَيْعِ ، فَاكْتَفَى بِهِ فِي الْإِجَارَةِ ، كَالرُّؤْيَا ، وَالتَّفَاوُثُ بَعْدَ ذِكْرِ الصِّفَاتِ الظَّاهِرَةِ يَسِيرٌ تَجَرِّي الْمُسَامَحَةِ فِيهِ ، كَالْمُسْلَمِ فِيهِ .

فصل : وَيَجُوزُ اكْتِرَاءُ الْإِبِلِ وَالذَّوَابِّ لِلْحُمُولَةِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بِالْغَيْهِ إِلَّا يَشِقُّ آلُ أَنْفُسٍ ﴾^(٢) . وَالْحُمُولَةُ بِالضَّمِّ : الْأَحْمَالُ . وَالْحُمُولَةُ بِالْفَتْحِ : الَّتِي يُحْمَلُ عَلَيْهَا . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَمِنْ الْأَنْعَامِ حُمُولَةٌ وَفَرَسًا ﴾^(٣) الْحُمُولَةُ : الْكِبَارُ . وَالْفَرَسُ : الصَّغَارُ . وَقِيلَ : الْحُمُولَةُ : الْإِبِلُ . وَالْفَرَسُ : الْعَنَمُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَحْمِلُ . وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْحُمُولَةِ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ حَمْلَ الْمَتَاعِ ، دُونَ مَا يَحْمِلُهُ ، بِخِلَافِ الرُّكُوبِ ، فَإِنَّ لِلرَّاكِبِ^(٤) غَرَضًا فِي الْمَرْكُوبِ ، مِنْ سَهُولَتِهِ (وَحِمَالَتِهِ وَسُرْعَتِهِ) . وَإِنْ اتَّفَقَ وَجُودُ غَرَضٍ فِي الْحُمُولَةِ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ الْمَحْمُولُ شَيْئًا يَضُرُّهُ كَثْرَةُ الْحَرَكَةِ ، كَالْفَاكِهَةِ وَالزُّجَاجِ ، أَوْ كَوْنِ الطَّرِيقِ مِمَّا يَعْسُرُ عَلَى بَعْضِهَا دُونَ بَعْضٍ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُذَكَّرَ فِي / الْإِجَارَةِ . وَأَمَّا الْأَحْمَالُ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَتِهَا ، فَإِنْ لَمْ يَعْرِفْهَا ، لَمْ يَجْزْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَفَاوُثُ كَثِيرًا ، وَيَخْتَلِفُ^(٥) الْغَرَضُ بِهِ . فَإِنْ شَرَطَ أَنْ تَحْمِلَ مَا شَاءَ ، بَطَلَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُمَكِّنُ الْوَفَاءَ بِهِ ، وَيَدْخُلُ فِيهِ مَا يَقْتُلُ الْبَهِيمَةَ . وَإِنْ قَالَ : لِتَحْمِلَ^(٦) عَلَيْهَا طَاقَتَهَا . لَمْ يَجْزْ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا ضَابِطَ لَهُ . وَتَحْصُلُ الْمَعْرِفَةُ بِطَرِيقَيْنِ : الْمُشَاهَدَةُ ؛ لِأَنَّهَا^(٨)

١١٤/٥ ظ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة النحل ٧ .

(٣) سورة الأنعام ١٤٢ .

(٤) في ب ، م : « المركب » .

(٥ - ٥) في م : « وحالة سرعته » .

(٦) في الأصل ، ب : « ويحتمل » .

(٧) في ب ، م : « احتمل » .

(٨) في م زيادة : « من » .

أَعْلَى طَرُقِ الْعِلْمِ ، وَالصِّفَّةُ . وَيُسْتَرَطُّ فِي الصِّفَّةِ مَعْرِفَةُ شَيْئَيْنِ : الْقَدْرُ وَالْجِنْسُ ؛ لِأَنَّ الْجِنْسَ يَخْتَلِفُ تَعَبُ الْبَهِيمَةِ بِاخْتِلَافِهِ ، مَعَ التَّسَاوِي فِي الْقَدْرِ ، فَإِنَّ الْقَطْنَ يَضُرُّ بِهَا مِنْ وَجْهِ ، وَهُوَ أَنَّهُ يَنْتَفِخُ عَلَى الْبَهِيمَةِ ، فَيَدْخُلُ فِيهِ الرِّيحُ فَيَثْقُلُ ، وَمِثْلُهُ مِنَ الْحَدِيدِ يُؤْذِي مِنْ «جِهَةٍ أُخْرَى»^(٩) ، وَهُوَ أَنَّهُ يَجْتَمِعُ عَلَى مَوْضِعٍ مِنَ الْبَهِيمَةِ ، فَرُبَّمَا عَقَرَهَا ، فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِهِ . وَأَمَّا الظُّرُوفُ ، فَإِنَّ دَخَلَ فِي الْوِزْنِ ، لَمْ يَخْتَجْ إِلَى ذِكْرِهَا ، وَإِنْ لَمْ تُوزَنْ ، فَإِنَّ كَانَتْ ظُرُوفًا مَعْرُوفَةً ، لَا تَخْتَلِفُ ، كَعَرَائِرِ الصُّوفِ وَالشَّعْرِ وَنَحْوِهَا ، جَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا^(١٠) مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ ؛ لِأَنَّهَا قَلَّمَا تَتَفَاوَتْ تَفَاوُتًا كَثِيرًا فَتَسْمِيَّتُهَا تَكْفِي ، وَإِنْ كَانَتْ تَخْتَلِفُ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَتِهَا بِالتَّعْيِينِ أَوْ الصِّفَّةِ . وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَكْرَيْتُكَهَا لِتَحْمِلَ عَلَيْهَا ثَلَاثُمِائَةِ رَظْلٍ مِمَّا شِئْتُ . جَازَ ، وَمَلَكَ ذَلِكَ ، لَكِنْ^(١١) لَا يُحْمَلُهُ حِمْلًا يَضُرُّ بِالْحَيَوَانِ ، مِثْلَ مَا لَوْ أَرَادَ حَمْلَ حَدِيدٍ أَوْ زَبْقٍ ، يَنْبَغِي أَنْ يُفَرِّقَهُ عَلَى ظَهْرِ الْحَيَوَانِ ، فَلَا يَجْتَمِعُ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ مِنْ ظَهْرِهِ ، وَلَا يَجْعَلُهُ فِي وَعَاءٍ يَتَمَوَّجُ فِيهِ ، فَيَكْدُ الْبَهِيمَةَ وَيَتْعَبُهَا . وَإِنْ أَكْثَرَى ظَهْرًا لِلْحَمْلِ مَوْصُوفًا بِجِنْسٍ ، فَأَرَادَ حَمْلَهُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ الْجِنْسِ ، وَكَانَ الطَّالِبُ لَذَلِكَ الْمُسْتَأْجِرُ ، لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِمَا لَمْ يَعْقِدْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ طَلَبَهُ الْمُؤْجِرُ ، وَكَانَ يُفَوِّتُ بِهِ غَرَضًا لِلْمُسْتَأْجِرِ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ غَرَضُهُ الاسْتِعْجَالُ فِي السَّيْرِ ، أَوْ أَنْ لَا يَنْقَطِعَ عَنِ الْقَافِلَةِ ، فَيَتَعَيَّنُ الْخَيْلُ أَوْ الْبَعَالُ / ، أَوْ يَكُونَ غَرَضُهُ سُكُونُ الْحُمُولَةِ^(١٢) لِكَوْنِ الْحَمُولَةِ مِمَّا يَضُرُّهَا الْهَزُّ ، أَوْ قُوَّتُهَا وَصَبْرُهَا لِطُولِ الطَّرِيقِ وَثِقَلِ الْحُمُولَةِ فَيُعَيَّنُ الْإِبِلُ ، لَمْ يَجْزِ الْعُدُولُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ غَرَضَ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَلَمْ يَجْزِ ذَلِكَ ، كَمَا فِي الْمَرْكُوبِ . وَإِنْ لَمْ يُفَوِّتْ غَرَضًا ، جَازَ ، كَمَا يَجُوزُ لِمَنْ أَكْثَرَى عَلَى حَمْلٍ شَيْءٍ حَمْلًا مِثْلَهُ ، أَوْ أَقْلَ ضَرَرًا مِنْهُ .

(٩ - ٩) فِي ب : « وَجْهٌ آخَرٌ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١١) فِي ب : « لَكِنَّهُ » .

(١٢) فِي م : « الْحَمْلُ » .

فصل : ويجوز كراء الدابة للعمل ؛ لأنها منفعة مباحة ، خلقت الدابة لها ، فجاز الكراء لها ، كالركوب . وإن اقتصرت بقرا للحرث ، جاز ؛ ^(١٣) لأن البقر خلقت للحرث ^(١٣) ، ولذلك قال النبي ﷺ : « يئمارجل يسوق بقرة ، أراد أن يركبها ، فقالت : إني لم أخلق لهذا ، إنما خلقت للحرث » . متفق عليه ^(١٤) . ويحتاج ^(١٥) شرطين : معرفة الأرض ، وتقدير العمل ، فأما الأرض فلا تعرف إلا بالمشاهدة ؛ لأنها تختلف ، فتكون صلبة تتبع البقر والحرث ، وقد يكون فيها حجارة تعلق بالسكة ، وتكون رخوة سهلة يسهل حرثها ، ولا تأتي الصفة عليها ، فيحتاج إلى رؤيتها . وأما تقدير العمل ، فيجوز بأحد شيئين ؛ إما بالمدة ، كيوم ويومين ، وإما بالأرض ، كهذه القطعة ، أو من هذا المكان إلى هذا المكان ، أو بالمساحة ، كمدي أو مدين ^(١٦) ، ونحو ذلك ، كل ذلك جائز ؛ لأن العلم يحصل به . فإن قدره بالمدة ، فلا بد من معرفة البقر التي يعمل عليها ؛ لأن الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف . ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الأرض الحرث بها . ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ليتولى الحرث بها . ويجوز استئجارها بالثمن من الفدان والنير ، واستئجارها بثمن آلتها ، وتكون الآلة من عند صاحب الأرض . ويجوز استئجار البقر وغيرها لدراس / الزرع ؛ لأنها منفعة مباحة مقصودة ، فأشبهت الحرث .

ظ ١١٥/٥

(١٣ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) أخرجه البخاري ، في : باب استعمال البقر للحراثة ، من كتاب المزارعة ، وفي : باب حدثنا أبو الهيثم ، أخبرنا شبيب ... ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب قول النبي ﷺ لو كنت متخذاً خليلاً ... ، من كتاب فضائل أصحاب النبي ﷺ . صحيح البخاري ١٣٦/٣ ، ٢١٢/٤ ، ٦/٥ ، ٧ . ومسلم ، في : باب من فضائل الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ١٨٥٧/٤ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب حدثنا عبد بن حميد ... ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى ١٣/١٤٠ .

(١٥) في م زيادة : « إلى » .

(١٦) المدى : منتهى البصر وغايته .

ويجوزُ على مُدَّةٍ أو زرعٍ مُعَيَّنٍ ، أو مَوْصُوفٍ ، كما ذَكَرْنَاهُ فِي الْحَرْثِ . ومتى كان على مُدَّةٍ ، احتِيجَ إلى مَعْرِفَةِ ^(١٧) الْحَيَوَانِ الَّذِي يَعْمَلُ عَلَيْهِ لِيَعْرِفَ قُوَّتَهُ أَوْ ضَعْفَهُ ، وإن كان على عَمَلٍ غير مُقَدَّرٍ بِالمُدَّةِ احتِجَاجٌ إلى مَعْرِفَةِ ^(١٧) جِنْسِ الْحَيَوَانِ ؛ لأنَّ الغَرَضَ يَخْتَلِفُ بِهِ ، فمنه ما رَوَتْهُ طَاهِرٌ ، ومنه ما رَوَتْهُ ^(١٨) نَجَسٌ ، ولا يَحْتَاجُ إلى مَعْرِفَةِ عَيْنِ الْحَيَوَانِ . ويجوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْحَيَوَانُ بِآلَتِهِ ، وبِغَيْرِ آلَتِهِ ، مع صَاحِبِهِ ، ومُنْفَرِدًا عَنْهُ . كما ذَكَرْنَا فِي الْحَرْثِ .

فصل : ويجوزُ اسْتِئْجَارُ بَهِيمَةٍ لِإِدَارَةِ الرَّحَى ، وَيَقْتَصِرُ إِلَى شَيْئَيْنِ ؛ مَعْرِفَةِ الْحَجَرِ ، إِمَّا بِمُشَاهَدَةٍ ، وإِمَّا بِصِفَةٍ تَحْصُلُ بِهَا مَعْرِفَتُهُ ؛ لأنَّ عَمَلَ الْبَهِيمَةِ يَخْتَلِفُ فِيهِ بِثِقَلِهِ وَخِفَّتِهِ ، فَيَحْتَاجُ صَاحِبُهَا ^(١٩) إِلَى مَعْرِفَتِهِ . وَتَقْدِيرُ الْعَمَلِ ، إِمَّا بِالزَّمَانِ ، فيقول : يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ . أَوْ بِالطَّعَامِ فيقول : قَفِيزًا أَوْ قَفِيزَيْنِ . وَيَذَكُرُ جِنْسَ الْمُطْحُونِ إِنْ كَانَ يَخْتَلِفُ ؛ لأنَّ مِنْهُ مَا يَسْهُلُ طَحْنُهُ ، وَمِنْهُ مَا يَصْعَبُ . وَكَذَلِكَ إِنْ اكْتَرَاهَا لِإِدَارَةِ دُولَابٍ ، فَلابدُّ مِنْ مُشَاهَدَتِهِ ، وَمُشَاهَدَةُ دُولَابِهِ ، لِاخْتِلَافِهَا ، وَتَقْدِيرُ ذَلِكَ بِالزَّمَانِ ، أَوْ مَلَأَ هَذَا الْحَوْضَ ، أَوْ هَذِهِ الْبِرْكَةَ . وَكَذَلِكَ إِنْ اكْتَرَاهَا لِلْإِسْتِغْنَاءِ بِالغُرْبِ ، فَلابدُّ مِنْ مَعْرِفَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِكِبَرِهِ وَصِغَرِهِ ، وَيُقَدَّرُ بِالزَّمَانِ ، أَوْ بِعَدَدِ الْغُرُوبِ ، أَوْ بِمَلَأَ بِرْكَةً أَوْ حَوْضًا . وَلَا يَجُوزُ تَقْدِيرُ ذَلِكَ بِسَقْيِ أَرْضٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ ، فَقَدْ تَكُونُ الْأَرْضُ عَطْشَانَةً لَا يَرَوِيهَا الْقَلِيلُ ، وَتَكُونُ قَرِيبةَ الْعَهْدِ بِالمَاءِ فَيَكْفِيهَا الْقَلِيلُ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ مَجْهُولًا . وَإِنْ قَدَّرَهُ بِسَقْيِ مَاشِيَةٍ ، اخْتَمَلَ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِذَلِكَ . وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ شَرْبَهَا يَتَقَارَبُ فِي الْغَالِبِ / . وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ دَابَّةٍ لِيَسْتَقْيَ عَلَيْهَا مَاءً ، وَلابدُّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْآلَةِ الَّتِي يَسْتَقْيُ بِهَا ، مِنْ رَاوِيَةٍ ، أَوْ قَرِيبٍ أَوْ جَرَارٍ ، وَمَعْرِفَةُ ذَلِكَ إِمَّا بِالرُّؤْيِ ، وَإِمَّا بِالصُّفَةِ ، وَيُقَدَّرُ الْعَمَلُ إِمَّا بِالزَّمَانِ ، وَإِمَّا بِعَدَدِ الْمَرَّاتِ ،

(١٧ - ١٧) سقط من : ب .

(١٨) في الأصل ، ب : هو .

(١٩) سقط من : الأصل .

وَأَمَّا بِمَلْءِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ ، فَإِنْ قَدَّرَهُ بَعْدَ الْمَرَّاتِ ، احتاجَ إلى مَعْرِفَةِ الْمَوْضِعِ الَّذِي يَسْتَقْبَلُ مِنْهُ ، ^(٢٠) وَالَّذِي يَذْهَبُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ بِالْقُرْبِ وَالْبُعْدِ ، وَالسَّهُولَةِ وَالْحَزُونَةِ ، وَإِنْ قَدَّرَهُ بِمَلْءِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ ، احتاجَ إلى مَعْرِفَتِهِ ، وَمَعْرِفَةِ مَا يَسْتَقْبَلُ مِنْهُ ^(٢١) . وَيجوزُ أَنْ يَكْتَرِيَ الْبَهِيمَةُ بِأَلْتِهَا وَبُدُونِهَا ، مَعَ صَاحِبِهَا وَوَحْدَهَا . وَإِنْ اكْتَرَاهَا لِبَلِّ تَرَابٍ مَعْرُوفٍ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَعْلُومٌ ^(٢٢) بِالْعُرْفِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى مُدَّةٍ ، فَلابدُّ مِنْ مَعْرِفَةِ الظَّهْرِ الَّذِي يَعْمَلُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهَا فِي الْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ . وَإِنْ وَقَعَ عَلَى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ، لَمْ يَخْتَجِ إِلَى مَعْرِفَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَحْتَاجَ إِلَى ذَلِكَ فِي اسْتِيفَاءِ الْمَاءِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مِنْهُ مَارَوْهُ طَاهِرٌ وَجِسْمُهُ طَاهِرٌ بغيرِ خِلَافٍ ، كَالخَيْلِ وَالْبَقَرِ ، وَمِنْهُ مَارَوْهُ نَجَسٌ وَيُخْتَلِفُ فِي نَجَاسَةِ جِسْمِهِ ، كَالْبَعَالِ وَالْحَمِيرِ ، فربما نَجَسَ بِهِ ^(٢٣) الْمُسْتَقْبَلُ أَوْ دَلَّوهُ ، فَيَتَنَجَّسُ الْمَاءُ بِهِ ، فَيَخْتَلِفُ الْعَرَضُ بِذَلِكَ ، فَتَجِبُ مَعْرِفَتُهُ .

فصل : وَإِذَا اكْتَرِيَ حَيَوَانًا لِعَمَلٍ لَمْ يُخْلَقْ لَهُ ، مِثْلُ أَنْ اكْتَرِيَ الْبَقَرُ لِلرُّكُوبِ أَوْ الْحَمَلِ ^(٢٤) عَلَيْهَا ، أَوْ اكْتَرِيَ الْإِبِلَ وَالْحُمُرَ لِلْحَرْثِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ ، أَمَكَنَّ اسْتِيفَاؤُهَا مِنَ الْحَيَوَانِ ، لَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِتَحْرِيمِهَا ، فَجَازَ ، كَالَّذِي خُلِقَتْ لَهُ ، وَلِأَنَّ مُقْتَضَى الْمَلِكِ جَوَازُ التَّنَصُّفِ بِكُلِّ مَا يَصْلُحُ ^(٢٥) لَهُ الْعَيْنُ الْمَمْلُوكَةُ ، وَيُمْكِنُ تَخْصِيلُهُ مِنْهَا ، وَلَا يَمْتَنِعُ ذَلِكَ إِلَّا بِمُعَارِضٍ رَاجِحٍ ، إِمَّا أَوْرُودُنْصُ بِتَحْرِيمِهِ ، أَوْ قِيَاسٌ صَحِيحٌ ، أَوْ رُجْحَانُ مَضَرَّتِهِ عَلَى مَنْفَعَتِهِ ، وَلَيْسَ هُنَا/وَاحِدٌ مِنْهَا ، وَكَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ مِنَ الْأَكْرَادِ وَغَيْرِهِمْ يَحْمِلُونَ عَلَى الْبَقَرِ وَيُرْكَبُونَهَا ، وَفِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ يَحْرُثُونَ ^(٢٥) عَلَى

(٢٠) - (٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢١) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : « يَد » .

(٢٣) فِي ب ، م : « وَالْحَمَل » .

(٢٤) فِي ب ، م : « يَحْرَث » .

الإبل والبغال والحُمير ، فيكون معنى خَلَقَهَا لِلْحَرْثِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَنَّ مُعْظَمَ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا فِيهِ ، وَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ ^(٢٥) الْإِنْتِفَاعُ بِهَا فِي شَيْءٍ آخَرَ ، كَمَا أَنَّ الْخَيْلَ خُلِقَتْ لِلرُّكُوبِ وَالزَّيْنَةِ ، وَيُنَاحُ أَكْلُهَا ، وَاللُّؤْلُؤُ خُلِقَ لِلْحُلِيِّهِ ، وَيَجُوزُ اسْتِعْمَالُهُ فِي الْأَدْوِيَةِ وَغَيْرِهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٩٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَا حَدَّثَ فِي السَّلْعَةِ مِنْ يَدِ الصَّانِعِ ، ضَمِنَ)

وجملته أَنَّ الْأَجِيرَ عَلَى ضَرَبَيْنِ ؛ خَاصٌّ ، وَمُشْتَرَكٌ ، فَالْخَاصُّ : هُوَ الَّذِي يَقَعُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، يَسْتَحِقُّ الْمُسْتَأْجِرُ نَفْعَهُ فِي جَمِيعِهَا ، كَرَجُلٍ اسْتَوْجَرَ لخدمَةٍ ، أَوْ عَمَلٍ فِي بِنَاءٍ أَوْ حِيَاظَةٍ ، أَوْ رِعَايَةٍ ، يَوْمًا أَوْ شَهْرًا ، سُمِّيَ خَاصًّا لِاخْتِنَاصِ الْمُسْتَأْجِرِ بِنَفْعِهِ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ دُونَ سَائِرِ النَّاسِ . وَالْمُشْتَرَكُ : الَّذِي يَقَعُ الْعَقْدُ مَعَهُ عَلَى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ، كَحِيَاظَةِ ثَوْبٍ ، وَبِنَاءِ حَائِطٍ ، وَحَمْلِ شَيْءٍ إِلَى مَكَانٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ عَلَى عَمَلٍ فِي مُدَّةٍ لَا يَسْتَحِقُّ جَمِيعَ نَفْعِهِ فِيهَا ، كَالْكَحَّالِ ، وَالطَّيِّبِ ، سُمِّيَ مُشْتَرَكًا لِأَنَّهُ يَقْبَلُ أَعْمَالًا لِاثْنَيْنِ وَثَلَاثَةٍ وَأَكْثَرَ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ ، وَيَعْمَلُ لَهُمْ ، فَيَشْتَرِكُونَ فِي مَنْفَعَتِهِ وَاسْتِحْقَاقِهَا ، فَسُمِّيَ مُشْتَرَكًا لِاشْتِرَاكِهِمْ فِي مَنْفَعَتِهِ . فَالْأَجِيرُ الْمُشْتَرَكُ هُوَ الصَّانِعُ الَّذِي ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ ، وَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا جَنَّتْ يَدُهُ ، فَالْحَائِثُ إِذَا أَفْسَدَ حَيَاكَتَهُ ضَامِنٌ لِمَا أَفْسَدَ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . وَالْقَصَارُ ضَامِنٌ لِمَا يَتَخَرَّقُ مِنْ دَقِّهِ أَوْ مَدِّهِ أَوْ عَصْرِهِ أَوْ بَسْطِهِ . وَالطَّبَّاحُ ضَامِنٌ لِمَا أَفْسَدَ مِنْ طَبِخِهِ . وَالخَبَّازُ ضَامِنٌ لِمَا أَفْسَدَ مِنْ خُبْزِهِ ، وَالْحَمَّالُ يَضْمَنُ مَا يَسْقُطُ مِنْ حِمْلِهِ عَنْ رَأْسِهِ ، أَوْ تَلَفٍ مِنْ عَثَرَتِهِ . وَالْجَمَّالُ يَضْمَنُ مَا تَلَفَ / بِقَوْدِهِ ، وَسَوْقِهِ ، وَانْقِطَاعِ حَبْلِهِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ حِمْلَهُ . ١١٧/٥ و
وَالْمَلَّاحُ يَضْمَنُ مَا تَلَفَ مِنْ يَدِهِ ، أَوْ جَذْفِهِ ، أَوْ مَا يُعَالِجُ بِهِ السَّيْفِيَّةَ . وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ عَمْرِو ، وَعَلِيٍّ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ ، وَشُرَيْحٍ ^(١) ، وَالْحَسَنِ ، وَالْحَكَمِ . وَهُوَ قَوْلُ

(٢٥) سقط من : ب .

(١) أخرج البيهقي ذلك عن عمرو وعلي وشريح ، في : باب ما جاء في تضمين الأجراء ، من كتاب الإجارة . السنن الكبرى ١٢٢/٦ .

أبى حنيفة ، ومالك ، وأحد قولَي الشافعي ، وقال في الآخر : لا يضمن ، ما لم يتعد . قال الربيع : هذا مذهب الشافعي ، وإن لم يُنَحَّ به . وروى ذلك عن عطاء ، وطاوس ، وزفر ؛ لأنها عين مقبوضة بعقد الإجارة ، فلم تصير مضمونة ، كالعين المستأجرة . ولنا ، ما روى جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواغ ، وقال : لا يصلح الناس إلا ذلك ^(٢) . وروى الشافعي ، في « مُسنده » ^(٣) ، بإسناده على علي ، أنه كان يضمن الأجرء ، ويقول : لا يصلح الناس إلا هذا . ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه ، فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً ، كالعدوان بقطع عضو ، بخلاف الأجير الخاص . والدليل على أن عمله مضمون عليه ، أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل ، وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله ، لم يكن له أجر فيما عمل فيه ، وكان ذهاب عمله من ضمانه ، بخلاف الخاص ، فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله ، استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل ، وما عمل فيه من شيء قُتِلَ من حرزه ، لم يسقط أجره بتلفه .

فصل : ذكر القاضي أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه ، مثل الخباز يخبز في ثوره وملكه ، والقصار والخباط في دكايتيهما ، قال : ولو دعا الرجل خبازاً ، فخبز له في داره ، أو خباطاً أو قصاراً ليقتصر ويخيط عنده ، لا ضمان عليه فيما اتلف ، ما لم يفرط ؛ لأنه سلم نفسه إلى المستأجر ، فيصير كالأجير الخاص . قال : ولو كان صاحب المتاع / مع الملاح في السفينة ، أو راكباً على الدابة فوق جملة ، فعطب الجمال ، لا ضمان على الملاح والمكاري ؛ لأن يد صاحب المتاع لم تزل ، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الجمال ، قُتِلَ جملة ، لم يضمنه

ظ ١١٧/٥

= وأخرجه ابن أبي شيبة عن عبد الله بن عتبة في : باب الأجير يضمن أم لا ؟ من كتاب البيوع والأقضية . المصنف

. ١٢٧/٦

(٢) أخرجه البيهقي ، في الباب السابق ، الموضع السابق .

(٣) لم نجده في مسند الشافعي ، وأخرجه البيهقي عن الشافعي ، في الباب السابق ، الموضع السابق .

الْجَمَالُ ؛ لِأَنَّ (رَبَّ الْمَتَاعِ) ^(٤) لَمْ يُسَلَّمْهُ إِلَيْهِ . وَمَذْهَبُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ نَحْوُ هَذَا . قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَوْ كَانَ الْعَمَلُ فِي دُكَّانِ الْأَجِيرِ ، وَالْمُسْتَأْجِرُ حَاضِرٌ ، أَوْ اكْتَرَاهُ لِيَعْمَلَ لَهُ شَيْئًا ، وَهُوَ مَعَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ مِنْ غَيْرِ جِنَايَتِهِ ^(٥) ، وَيَجِبُ لَهُ أَجْرُ عَمَلِهِ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ عَلَيْهِ ، فَكُلَّمَا عَمِلَ شَيْئًا صَارَ مُسَلَّمًا إِلَيْهِ . فظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِهِ فِي مِلْكٍ نَفْسِهِ أَوْ مِلْكٍ مُسْتَأْجِرِهِ ، أَوْ كَانَ صَاحِبُ الْعَمَلِ حَاضِرًا عِنْدَهُ أَوْ غَائِبًا عَنْهُ ، أَوْ كَوْنُهُ مَعَ الْمَلَّاحِ أَوْ الْجَمَّالِ أَوْ لَا . وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : مَا تَلَفَ بِجِنَايَةِ الْمَلَّاحِ بِجَذْفِهِ ، أَوْ بِجِنَايَةِ الْمُكَارِي بِشُدِّهِ الْمَتَاعَ ، وَنَحْوِهِ ، فَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ ، سِوَاءَ كَانَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ مَعَهُ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ عَلَيْهِ لِجِنَايَةِ يَدِهِ ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ حُضُورِ الْمَالِكِ وَغَيْبِهِ ، كَالْعُدْوَانِ ، وَلِأَنَّ جِنَايَةَ الْجَمَّالِ وَالْمَلَّاحِ ، إِذَا كَانَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ رَاكِبًا مَعَهُ ، يُعْمُ الْمَتَاعَ وَصَاحِبَهُ ، وَتَفْرِيطُهُ يَعْمَهُمَا ، فَلَمْ يُسْقِطْ ذَلِكَ الضَّمَانُ ، كَالْوَرَمِيِّ إِنْسَانًا مُتَتَرِّسًا ، فَكَسَرَ ثَرَسَهُ وَقَتْلَهُ ، وَلِأَنَّ الطَّبِيبَ وَالْحَتَّانَ إِذَا جَنَّتْ يَدَاهُمَا ضَمِيمًا مَعَ حُضُورِ الْمُطَبِّبِ وَالْمَحْتُونِ . وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ لَوْ كَانَ جَمَّالٌ ^(٦) يَحْمِلُ عَلَى رَأْسِهِ وَرَبُّ الْمَتَاعِ مَعَهُ ، فَعَثَرَ ، فَسَقَطَ الْمَتَاعُ ، قَتِلَ ، ضَمِنَ ، وَإِنْ سُرِقَ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ فِي الْعِتَارِ تَلَفَ بِجِنَايَتِهِ ، وَالسَّرْقَةُ لَيْسَتْ مِنْ جِنَايَتِهِ ، وَرَبُّ الْمَالِ لَمْ يَحُلْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ . وَهَذَا يَفْتَضِي أَنْ تُلَفَّ بِجِنَايَتِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ ، سِوَاءَ حَضَرَ رَبُّ الْمَالِ أَوْ غَابَ ، بَلْ وَجُوبُ الضَّمَانِ ^(٧) فِي مَحَلِّ التَّرَاعِ أَوَّلَى ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ فِي ذَلِكَ ^(٧) الْمَوْضِعِ مَقْصُودٌ لِإِفَاعِلِهِ ، وَالسَّقْطَةُ مِنَ الْحَمَالِ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ لَهُ ، فَإِذَا وَجَبَ الضَّمَانُ هُنَا ، فَتَمَّ أَوَّلَى .

فصل : وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى حَمْلِهِ عَبِيدًا صِغَارًا أَوْ كِبَارًا ،

(٤ - ٤) فِي الْأَصْلِ : الْحَمْلُ مُسَلَّمٌ إِلَيْهِ .

(٥) فِي ب ، م : جِنَايَةٌ .

(٦) فِي م : ذَلِكَ .

(٧) فِي م زِيَادَةٌ : إِلَى .

فلا ضَمَانَ عَلَى الْمُكَارَى فِيمَا تَلَفَ مِنْ سَوَقِهِ وَقَوْدِهِ ، إِذْ لَا يَضْمَنُ بَنَى آدَمَ مِنْ جَهَةِ
الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَقَّدَ عَلَى مَنَفْعَةٍ . وَالْأَوَّلَى وَجُوبُ الضَّمَانِ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ هَهُنَا مِنْ
جَهَةِ الْجَنَائَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَعْمَ بَنَى آدَمَ وَغَيْرَهُمْ ، كَسَائِرِ الْجَنَائَاتِ . وَمَا ذَكَرَهُ يَنْتَقِضُ
بِجَنَايَةِ الطَّبِيبِ وَالْحَتَّانِ .

فصل : فإمّا ^(٨) الأَجِيرُ الخاصُّ فهو ^(٩) الذي يُسْتَأْجَرُ ^(١٠) مُدَّةً ، فلا ضَمَانَ عَلَيْهِ ،
مَا لَمْ يَتَعَدَّ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ مُهَنَّا ، فِي رَجُلٍ أَمَرَ غُلَامَهُ بِكَيْلٍ لِرَجُلٍ بَزْرًا ، فَسَقَطَ
الرُّطْلُ مِنْ يَدِهِ ، فَانْكَسَرَ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . فَقِيلَ : أَلَيْسَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْقَصَّارِ ؟ قَالَ :
لَا ، الْقَصَّارُ مُشْتَرِكٌ . قِيلَ : فَرَجُلٌ اكْتَرَى رَجُلًا يَسْتَقِي مَاءً ، فَكَسَرَ الْجِرَّةَ ؟ فَقَالَ :
لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . ^(١١) قِيلَ لَهُ : فَإِنْ اكْتَرَى رَجُلًا يَحْرُثُ لَهُ عَلَى بَقْرَةٍ ، فَكَسَرَ الَّذِي
يَحْرُثُ بِهِ . قَالَ : فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . ^(١٢) وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ وَأَصْحَابَهُ .
وظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَلَهُ قَوْلٌ آخَرُ : أَنَّ جَمِيعَ الْأَجْرَاءِ يَضْمَنُونَ . وَرَوَى فِي
مُسْنَدِهِ ، عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ كَانَ يَضْمَنُ الْأَجْرَاءَ ، وَيَقُولُ : لَا يُصْلِحُ النَّاسَ
إِلَّا هَذَا . وَلَنَا ، أَنَّ عَمَلَهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ مَا تَلَفَ بِهِ ، كَالْقَصَّاصِ وَقَطْعِ
يَدِ السَّارِقِ . وَخَبَرُ عَلِيٍّ مُرْسَلٌ ، وَالصَّحِيحُ فِيهِ ^(١٣) أَنَّهُ كَانَ يَضْمَنُ الصَّبَاغَ
وَالصَّوَاغَ ، وَإِنْ رَوَى مُطْلَقًا ، حُمِلَ عَلَى هَذَا / فَإِنَّ الْمُطْلَقَ يُحْمَلُ عَلَى الْمُقَيَّدِ . وَلِأَنَّ
الْأَجِيرَ الْخَاصَّ نَائِبًا عَنِ الْمَالِكِ فِي صَرْفِ مَنَافِعِهِ إِلَى مَا أَمَرَهُ بِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ ،
كَالْوَكِيلِ وَالْمُضَارِبِ . فَأَمَّا مَا يَتَلَفُ بِتَعَدُّهِ ، فَيَجِبُ ضَمَانُهُ ، مِثْلُ الْحَبَّازِ الَّذِي
يُسْرِفُ فِي الْوَقُودِ ، أَوْ يُلْزِقُهُ قَبْلَ وَقْتِهِ ، أَوْ يَتْرُكُهُ بَعْدَ وَقْتِهِ حَتَّى يَحْتَرِقَ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ
بِتَعَدُّهِ ، فَضَمِنَهُ ، كَغَيْرِ الْأَجِيرِ .

١١٨/٥ ظ

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) في ب ، م : « هو » .

(١٠) في ب ، م : « يستأجره » .

(١١ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٢) سقط من : ب .

فصل : وإذا استأجر الأجير المشترك أجيراً خاصاً ، كالخياط في دكان يستأجر أجيراً مدةً ، يستعمله فيها ، فتقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ، ودفعه إلى أجيره ، فخرقه أو أفسده ، لم يضمنه ؛ لأنه أجير خاص ، ويضمنه صاحب الدكان ؛ لأنه أجير مشترك .

فصل : إذا أتلّف الصانع الثوب بعد عمله ، فصاحبه مخير بين تضمينه إياه غير معمول ولا أجر له ^(١٣) ، وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه أجره . ولو وجب عليه ضمان المتاع المحمول ، فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه إليه ولا أجر له ، وبين تضمينه إياه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الأجر إلى ذلك المكان . وإنما كان كذلك ؛ لأنه إذا أحب تضمينه معمولاً ، أو في المكان الذي أفسده فيه ، فله ذلك ؛ لأنه ملكه في ذلك الموضع على تلك الصفة ، فملك المطالبة بعوضه حينئذ ، وإن أحب تضمينه قبل ذلك ، فلأن أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه إليه ، وما سلم إليه ، فلا يلزمه .

فصل : إذا دفع إلى حائك غزلاً ، فقال : انسجه لي عشرة أذرع في عرض ذراع . فتسجه زائداً على ما قدر له في الطول والعرض ، فلا أجر له في الزيادة ؛ لأنه غير مأمور بها ، وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها ، فأما ما عدا الزائد فينظر فيه ؛ فإن كان جاء به زائداً في الطول وحده ، ولم ينقص الأصل بالزيادة فله ما / سمي له من ١١٩/٥ والأجر ، كما لو استأجره على أن يضرب له مائة لبنية ، فضرب له مائتين ، وإن جاء به زائداً في العرض وحده ، أو فيهما ، ففيه وجهان ؛ أحدهما : لا أجر له ؛ لأنه مخالف لأمر المستأجر ، فلم يستحق شيئاً ، كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع ، فبناه عرض ذراعين . والثاني ، له المسمى ؛ لأنه زاد على ما أمر به ، فأشبه زيادة الطول . ومن قال بالوجه الأول ، فرق بين الطول والعرض ، بأنه يمكن قطع الزائد

(١٣) في م : عليه .

في الطُول ، وَيَقَى الثَّوْبُ على ما أَرَادَ ، وَلَا يُمَكِّنُ ذلك في العَرَضِ . وَأَمَّا إِنْ جَاءَ به نَاقِصًا في الطُول والعَرَضِ ، أو في أَحَدِهِما ، ففيه أيضًا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، لَا أَجْرَ له ، وعليه ضَمَانُ نَقْصِ العَزْلِ ؛ لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ لِمَا أَمَرَ به ، فَأَشْبَهَ ما لو اسْتَأْجَرَهُ على بِنَاءِ حَائِطٍ عَرَضَ ذِرَاعٍ ، فَبَنَاهُ عَرَضَ نِصْفِ ذِرَاعٍ . والثاني ، له بِحِصَّتِهِ مِنَ الْمُسَمَّى ، كَمَنْ اسْتَوْجَرَ على ضَرْبِ لَبِنٍ ، فَضَرَبَ بَعْضَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ جَاءَ به نَاقِصًا في العَرَضِ ، فَلَا شَيْءَ له ، وَإِنْ كَانَ نَاقِصًا في الطُولِ ، فَلَهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الْمُسَمَّى ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْفَرْقِ بَيْنَ الطُولِ والعَرَضِ . وَإِنْ جَاءَ به زَائِدًا في أَحَدِهِما ، نَاقِصًا في الْآخَرِ ، فَلَا أَجْرَ له في الزَّائِدِ ، وَهُوَ في النَاقِصِ على ما ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ فِيهِ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ في الْمَوْضِعَيْنِ : يُخَيَّرُ^(١٤) صَاحِبُ الثَّوْبِ بَيْنَ دَفْعِ الثَّوْبِ إِلَى النَّسَاجِ وَمُطَالَبَتِهِ بِثَمَنِ عَزْلِهِ ، وَبَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ وَيُدْفَعَ إِلَيْهِ الْمُسَمَّى في الزَّائِدِ ، أَوْ بِحِصَّةِ الْمَنْسُوجِ في النَاقِصِ ؛ لِأَنَّ عَرَضَهُ لَمْ يَسْلَمْ له ، لِأَنَّهُ يَنْتَفِعُ بِالطَّوِيلِ مَا لَا يَنْتَفِعُ بِالْقَصِيرِ ، وَيَنْتَفِعُ بِالْقَصِيرِ مَا لَا يَنْتَفِعُ بِالطَّوِيلِ ، فَكَأَنَّهُ أَتْلَفَ عَلَيْهِ عَزْلَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ له الْمُطَالَبَةُ بِعَوْضِهِ ، كَمَا لو جَاءَ به زَائِدًا في الطُولِ وَحْدَهُ . فَأَمَّا إِنْ أَثَرَتِ الزِّيَادَةُ أَوْ النِّقْصُ في الْأَصْلِ ، مِثْلُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِنَسْجِ عَشْرَةِ أَذْرُعٍ لِيَكُونَ الثَّوْبُ خَفِيفًا ، فَنَسَجَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ ، فَصَارَ صَفِيقًا ، أَوْ أَمَرَهُ بِنَسْجِ خَمْسَةِ عَشَرَ لِيَكُونَ صَفِيقًا ، فَنَسَجَهُ عَشْرَةَ ، فَصَارَ خَفِيفًا ، فَلَا أَجْرَ له بِحَالٍ ، وَعَلَيْهِ ضَمَانُ نَقْصِ العَزْلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْتِ بِشَيْءٍ مِمَّا أَمَرَ به .

١١٩/٥ ط **فصل :** إِذَا دَفَعَ إِلَى خِيَّاطٍ ثَوْبًا ، فَقَالَ / : إِنْ كَانَ يُقَطِّعُ قَمِيصًا فاقطعه . فقال : هُوَ يُقَطِّعُ . وَقَطَّعَهُ ، فَلَمْ يَكْفِ ، فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ . وَإِنْ قَالَ : انْظُرْ هَذَا يَكْفِينِي قَمِيصًا ؟ قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : اقْطَعْهُ . فَقَطَّعَهُ ، فَلَمْ يَكْفِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ في الْمَسْأَلَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ غَرُّهُ في

(١٤) في الأصل : يتخير .

الأولى ، لكان قد^(١٥) غرّه في الثانية . ولنا ، أنه إنما أذن له في الأولى بشرط كفايته ، فقطعه بدون شرطه ، وفي الثانية أذن له من غير شرط ، فافترقا ، ولم يجب عليه الضمان في الأولى لتغيره ، بل لعدم الإذن في قطعه ؛ لأن إذنه مقيّد بشرط كفايته ، فلا يكون إذنا في غير ما وجد فيه الشرط ، بخلاف الثانية .

فصل : فإن أمره أن يقطع الثوب قميص رجل ، فقطعه قميص امرأة ، فعليه غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا ؛ لأن هذا قطع غير مأذون فيه ، فأشبهه ما لو قطعه من غير إذن . وقيل : يغرّم ما بين قميص امرأة وقميص رجل ؛ لأنه مأذون في قميص الجملة . والأول أصح ؛ لأن المأذون فيه قميص موصوف بصفة ، فإذا قطع قميصا غيره ، لم يكن فاعلا لما أذن فيه ، فكان متعديا بانتداء القطع ، ولذلك لا يستحق على القطع أجرا ، ولو فعل ما أمر به ، لاستحق أجره .

فصل : وإن اختلفا ، فقال : أذنت لي في قطعه قميص امرأة . وقال : بل أذنت لك في قطعه قميص رجل . أو قال : أذنت لي في قطعه قميصا . قال : بل قباء . أو قال الصبّاغ : أمرتني بصبغه أحمر . قال : بل أسود . فالقول قول الخياط والصبّاغ . نصّ عليه أحمد ، في رواية ابن منصور^(١٦) . وهذا قول ابن أبي ليلى . وقال مالك ، وأبو حنيفة ،^(١٧) وأبو ثور^(١٧) : القول قول ربّ الثوب . واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من قال : له قولان / ، كالمذهبي . ومنهم من قال : له قول ثالث ، و^{١٢٠/٥} أنهما يتحالفان ، كالمبتاعين يختلفان في الثمن . ومنهم من قال : الصحيح أن القول قول ربّ الثوب ؛ لأنهما اختلفا في صفة إذنه ، والقول قوله في أصل الإذن ، وكذلك في صفته ، ولأن الأصل عدم الإذن المختلف فيه ، فالقول قول من ينفيه . ولنا ، أنهما

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) في الأصل زيادة : « فقال : القول قول الخياط والصبّاغ » .

(١٧ - ١٧) سقط من : الأصل .

اتَّفَقَا عَلَى^(١٨) الْإِذْنِ وَاخْتَلَفَا فِي صِفَتِهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَأْذُونِ لَهُ ، كَالْمُضَارِبِ إِذَا قَالَ : أَذْنْتُ لِي فِي الْبَيْعِ نِسَاءً . وَلَأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى مِلْكِ الْحَيَّاطِ الْقَطْعِ ، وَالصَّبَّاحِ الصَّبْعِ . وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ فَعَلَ مَا مَلَكَه ، وَاخْتَلَفَا فِي لُزُومِ الْغُرْمِ لَهُ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ . فَعَلَى هَذَا يَحْلِفُ الْحَيَّاطُ وَالصَّبَّاحُ بِاللَّهِ لَقَدْ أَذْنْتُ لِي فِي قِطْعِهِ قَبَاءً ، وَصَبْغِهِ أَحْمَرَ . وَيَسْقُطُ عَنْهُ الْغُرْمُ ، وَيَكُونُ لَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ وَجُودُ فِعْلِهِ الْمَأْذُونِ فِيهِ بِعَوَضٍ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى ثَبَتَ بِقَوْلِهِ وَدَعَوَاهُ ، فَلَا يَحْنُثُ بِيَمِينِهِ^(١٩) ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ^(٢٠) . فَأَمَّا الْمُسَمَّى فِي الْعَقْدِ ، فَإِنَّمَا يَعْتَرِفُ رَبُّ الثُّوبِ بِتَسْمِيَّتِهِ أَجْرًا ، وَقِطْعِهِ قَمِيصًا ، وَصَبْغِهِ أَسْوَدَ . فَأَمَّا مَنْ قَالَ : الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الثُّوبِ . فَإِنَّهُ يَحْلِفُ بِاللَّهِ : مَا أَذْنْتُ^(٢١) فِي قِطْعِهِ قَبَاءً ، وَلَا صَبْغِهِ أَحْمَرَ . وَيَسْقُطُ عَنْهُ الْمُسَمَّى . وَلَا يَجِبُ لِلْحَيَّاطِ وَالصَّبَّاحِ شَيْءٌ / ؛ لِأَنَّهُمَا فَعَلَا غَيْرَ مَا أَذِنَ لهما فِيهِ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ صَاحِبَ الثُّوبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُ^(٢٢) يَلْبَسُ الْأَقْبِيَّةَ وَالْأَحْمَرَ^(٢٣) ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَعَلَى الصَّانِعِ غُرْمٌ مَا نَقَصَ بِالْقَطْعِ ، وَضَمَانٌ مَا أَفْسَدَ ، وَلَا أَجْرَ لَهُ ؛ لِأَنَّ قَرِينَةَ خَالِ رَبِّ الثُّوبِ^(٢٤) تَدُلُّ عَلَى صِدْقِهِ ، فَتَرْتَجِعُ دَعْوَاهُ بَهِمَا ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي حَائِطٍ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ عَقْدٌ أَوْ أَرْجَحُ ، رَجَحْنَا دَعْوَاهُ بِذَلِكَ . وَإِنْ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ ، رَجَحْنَا دَعْوَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا يَصْلُحُ لَهُ . وَلَوْ اخْتَلَفَ صَانِعَانِ فِي آلَةٍ الَّتِي فِي دُكَّانِهِمَا ، رَجَحْنَا قَوْلَ كُلِّ

١٢٠/٥ ظ

(١٨) فِي م : « فِي » .

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « بِقِسْمَتِهِ » .

(٢٠) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي ٥٢٥/٦ .

(٢١) فِي ب زِيَادَةٌ : « لَكَ » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ ب .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ ، م : « السَّوَادُ » .

(٢٤) فِي م : « الْمَالُ » .

واحدٍ منهما في آلةِ صِنَاعَتِهِ . فعلى هذا يَحْلِفُ رَبُّ الثَّوْبِ : مَا أَذْنْتُ لَكَ فِي قَطْعِهِ قَبَاءً . وَيَكْفِي هذا لأنه يَنْتَفِي (٢٥) به الإِذْنُ ، فَيَصِيرُ قَاطِعًا لغيرِ مَا أُذِنَ فِيهِ . فَإِنْ كَانَ الْقَبَاءُ مَخِيطًا بِخُيُوطِ لِمَالِكِهِ ، لم يَمْلِكِ الْحَيَّاطُ فَتَقَهُ ، وَكَانَ لِمَالِكِهِ أَخْذُهُ مَخِيطًا بِلَا عَوَضٍ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ عَمَلًا مُجَرَّدًا عَنْ عَيْنٍ مَمْلُوكَةٍ لَهُ ، فلم يَكُنْ لَهُ إِزَالَتُهُ ، كَالْوَقْلِ مِلْكٍ غَيْرِهِ مِنْ مَوْضِعٍ إِلَى مَوْضِعٍ ، لم يَكُنْ لَهُ رُدُّهُ إِذَا رَضِيَ صَاحِبُهُ بِتَرْكِهِ فِيهِ . وَإِنْ كَانَتِ الْخُيُوطُ لِلْحَيَّاطِ ، فَلَهُ تَرْعُهَا ؛ لِأَنَّهَا عَيْنُ مَالِهِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ أَخْذُ قِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُ ، وَلَا يَتَلَفُ بِأَخْذِهَا مَالُهُ حُرْمَةً . فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى تَعْوِضِهِ عَنْهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا . وَإِنْ قَالَ رَبُّ الثَّوْبِ : أَنَا أَشَدُّ فِي كُلِّ خَيْطٍ خَيْطًا . حَتَّى إِذَا سَلَّهَ عَادَ خَيْطُ رَبِّ الثَّوْبِ فِي مَكَانِهِ ، لم يَلْزَمِ الْحَيَّاطُ الْإِجَابَةَ إِلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ انْتَفَاعٌ بِمِلْكِهِ . وَحُكْمُ الصَّبَاغِ فِي قَلْعِ الصَّبْغِ إِنْ أَحَبَّهُ ، وَفِي غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِهِ ، حُكْمُ صَبْغِ الْغَاصِبِ . عَلَى مَا مَضَى فِي بَابِهِ . وَالَّذِي يَقْوَى عِنْدِي ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي دَلِيلِهِمْ .

فصل : وَكُلٌّ مِنْ اسْتَوْجَرَ عَلَى عَمَلٍ فِي عَيْنٍ ، فَلَا يَحْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يُوقِعَهُ وَهِيَ فِي يَدِ الْأَجِيرِ ، كَالصَّبَاغِ يَصْبُغُ فِي حَائِثِهِ ، وَالْحَيَّاطُ فِي ذُكَّانِهِ ، فَلَا يَبْرَأُ مِنَ الْعَمَلِ حَتَّى يُسَلِّمَهَا إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ حَتَّى يُسَلِّمَهُ مَقْرُوعًا مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي مُدَّةٍ ، فَلَا يَبْرَأُ مِنْهُ مَا لم يُسَلِّمَهُ إِلَى الْعَاقِدِ ، كَالْمَبِيعِ مِنَ الطَّعَامِ ، لَا يَبْرَأُ مِنْهُ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ إِلَى الْمُشْتَرِي . وَأَمَّا إِنْ كَانَ يُوقِعُ الْعَمَلَ فِي مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ ، مِثْلَ أَنْ يُحْضِرَهُ الْمُسْتَأْجِرُ إِلَى دَارِهِ لِيَخِيطَ فِيهَا ، أَوْ يَصْبُغَ فِيهَا ، فَإِنَّهُ يَبْرَأُ مِنَ الْعَمَلِ ، وَيَسْتَحِقُّ أَجْرَهُ بِمُجَرَّدِ عَمَلِهِ ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَيَصِيرُ مُسَلِّمًا لِلْعَمَلِ حَالًا فَحَالًا . وَلَوْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَبْنِي لَهُ حَائِطًا فِي دَارِهِ ، أَوْ يَخْفِرُ فِيهَا بَيْتًا ، لَبَرِيءٌ مِنَ الْعَمَلِ / ، وَاسْتَحَقَّ أَجْرَهُ بِمُجَرَّدِ عَمَلِهِ . وَلَوْ كَانَتِ الْبَيْتُ فِي الصَّحْرَاءِ ، أَوْ الْحَائِطُ ، لم يَبْرَأُ بِمُجَرَّدِ الْعَمَلِ . وَلَوْ انْهَارَتْ

و ١٢١/٥

عَقِيبَ الْحَفْرِ ، أَوْ الْحَائِطُ بَعْدَ بَنَائِهِ وَقَبْلَ تَسْلِيمِهِ ، لَمْ يُرَأَ مِنَ الْعَمَلِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ : اسْتَعْمِلْ أَلْفَ لَيْتَةٍ فِي كَذَا وَكَذَا . فَعَمِلَ ، ثُمَّ سَقَطَ ، فَلَهُ الْكَرَاءُ . وَأَمَّا الْأَجِيرُ الْخَاصُّ فَيَسْتَحِقُّ أَجْرَهُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ ، سَوَاءً تَلَفَ مَا عَمِلَهُ أَوْ لَمْ يَتَلَفْ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِذَا اسْتَأْجَرَهُ يَوْمًا ، فَعَمِلَ ، وَسَقَطَ عِنْدَ اللَّيْلِ مَا عَمِلَ ، فَلَهُ الْكَرَاءُ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُ نَفْسِهِ ، وَعَمَلُ مَا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ ، وَقَدْ وَجَدَ ذَلِكَ مِنْهُ ، بِخِلَافِ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ . وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَبْنِيَ لَهُ حَائِطًا طُولُهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ ، فَبَنَى بَعْضَهُ ، فَسَقَطَ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا حَتَّى يُتِمَّهُ ، سَوَاءً كَانَ فِي مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ أَوْ فِي غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِحْقَاقَ مَشْرُوطٌ بِإِتِمَامِهِ ، وَلَمْ يُوجَدْ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا قِيلَ لَهُ : ارْفَعْ حَائِطًا كَذَا وَكَذَا ذِرَاعًا . فَعَلِيهِ أَنْ يُوفِّيَهُ ، فَإِنْ سَقَطَ ، فَعَلِيهِ التَّمَامُ . وَكَذَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْفَرَ لَهُ بَقْرًا عُمُقُهَا عَشْرَةُ أَذْرُعٍ ، فَحَفَرَ مِنْهَا خَمْسَةً ، وَانْهَارَ فِيهَا تُرَابٌ مِنْ جَوَانِبِهَا ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا حَتَّى يُتِمَّ حَفْرَهَا .

٩١٠ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِنْ تَلَفْتَ مِنْ حِرْزٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَلَا أَجْرَ لَهُ فِيمَا عَمِلَ فِيهَا)

اِخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا تَلَفَ الْعَيْنُ مِنْ حِرْزِهِ ، مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ مِنْهُ وَلَا تَقْرِيطٍ ، فُرِئَ عَنْهُ : لَا يَضْمَنُ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . وَهُوَ قَوْلُ طَاوُسٍ ، وَعَطَّاءٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَزُفَرَ ، وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، إِنْ كَانَ هَلَاكُهُ بِمَا اسْتَطَاعَ ، ضَمِنَهُ ، وَإِنْ كَانَ غَرَقًا أَوْ عَدُوًّا غَالِبًا ، فَلَا ضَمَانَ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ : إِذَا جَنَّتْ يَدُهُ ، أَوْ ضَاعَ مِنْ بَيْنِ مَتَاعِهِ ، ضَمِنَهُ ، وَإِنْ كَانَ عَدُوًّا أَوْ غَرَقًا ، فَلَا ضَمَانَ . وَنَحْوُ هَذَا قَالَ أَبُو يَوْسُفَ . وَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ الْأَوَّلِ . وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنَّمَا أُوجِبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ إِذَا تَلَفَ مِنْ بَيْنِ مَتَاعِهِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ . وَلِهَذَا قَالَ فِي الْوَدِيعَةِ ، فِي رِوَايَةٍ : إِنَّهَا تُضْمَنُ إِذَا ذَهَبَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ ، فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ تَخْصِيصَهُ^(١) التَّضْمِينَ بِمَا إِذَا تَلَفَ مِنْ بَيْنِ مَتَاعِهِ ، يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ

(١) فِي م : « تَخْصِيصٌ » .

لا يَضْمَنُ إِذَا تَلَفَ مَعَ مَتَاعِهِ ، وَلَآئِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْهُ تَفْرِيطٌ وَلَا عُدْوَانٌ ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، كَالْوَتْلَفَتِ بِأَمْرِ غَالِبٍ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَابْنُ أُمَيَّةٍ : يَضْمَنُ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « / عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » ^(٢) . وَلَآئِهِ قَبْضُ الْعَيْنِ لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَالْمُسْتَعِيرِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَيْنٌ مَقْبُوضَةٌ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ ، لَمْ يَتْلَفْهَا بِفِعْلِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَالْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ ، وَلَآئِهِ قَبْضُهَا بِإِذْنِ مَالِكِهَا لِنَفْعٍ يَعُودُ إِلَيْهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَالْمُضَارِبِ وَالشَّرِيكَ وَالْمُسْتَأْجِرِ ، وَكَأَلَوْ تَلَفَتْ بِأَمْرِ غَالِبٍ . وَيُخَالِفُ الْعَارِيَّةَ ، فَإِنَّهُ يَنْفَرِدُ بِنَفْعِهَا . وَالْخَبَرُ مَخْصُوصٌ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَصُولِ ، فَيَحْصُصُ مَحَلَّ التَّزَاعُ بِالْقِيَاسِ عَلَيْهَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا أَجَرَ لَهُ فِيمَا عَمِلَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ عَمَلَهُ إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقْ عَوَضَهُ ، كَالْمَبِيعِ مِنَ الطَّعَامِ إِذَا تَلَفَ فِي يَدِ الْبَائِعِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ .

فصل (٣) : وَإِذَا حَبَسَ الصَّانِعُ الثَّوْبَ بَعْدَ عَمَلِهِ ، عَلَى اسْتِيفَاءِ الْأَجْرِ ، قَتِلَفَ ، ضَمِنَتْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْهَنْهُ عِنْدَهُ ، وَلَا أَذِنَ لَهُ فِي إِمْسَاكِهِ ، فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كَالْغَاصِبِ .

فصل : إِذَا أَخْطَأَ الْقَصَّارُ ، فَدَفَعَ الثَّوْبَ إِلَى غَيْرِ مَالِكِهِ ، فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ قُوَّتُهُ عَلَى مَالِكِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : يَقْرُمُ الْقَصَّارُ ، وَلَا يَسَعُ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ لُبْسُهُ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ ثَوْبُهُ ، وَعَلَيْهِ رَدُّهُ إِلَى الْقَصَّارِ ، وَيُطَالِبُهُ بِثَوْبِهِ . فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْقَابِضُ حَتَّى قَطَعَهُ وَلَبَسَهُ ، ثُمَّ عَلِمَ ، رَدَّهُ مَقْطُوعًا ، وَضَمِنَ أَرْضَ الْقَطْعِ ، وَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِثَوْبِهِ إِنْ كَانَ مَوْجُودًا . وَإِنْ هَلَكَ عِنْدَ الْقَصَّارِ ، فَهَلْ يَضْمَنُهُ ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَضْمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمْسَكَهُ بِغَيْرِ إِذْنٍ صَاحِبِهِ بَعْدَ طَلْبِهِ ، فَضَمِنَهُ ، كَالْوَعْلَمِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَضْمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُمَكِّنْهُ رَدَّهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَجَزَ عَنْ دَفْعِهِ لِمَرَضٍ .

فصل : وَالْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ ، إِنْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، لَمْ يَضْمَنْهَا . قَالَ الْأَثَرُمُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنِ الَّذِينَ يُكْرُونَ الْمَظْلَ ^(٤) أَوْ

(٢) تقدم تخريجه في : ٣٤٢/٧ .

(٣) سقط هذا الفصل كله من : ب .

(٤) في الأصل : « الظل » .

الْحَيْمَةَ إِلَى مَكَّةَ ، فَيَذْهَبُ مِنَ الْمُكْتَرَى بِسَرَقٍ أَوْ بِذَهَابٍ ، هَلْ يَضْمَنُ ؟ قَالَ : أَرْجُو أَنْ لَا يَضْمَنَ ، وَكَيْفَ يَضْمَنُ ؟ إِذَا ذَهَبَ لَا يَضْمَنُ . وَلَا تَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ قَبْضُ الْعَيْنِ لَا سِتِيفَاءٍ مَنَفَعَةٍ يَسْتَحِقُّهَا مِنْهَا ، فَكَانَتْ أَمَانَةً ، كَالْوَقْبِضِ الْعَبْدَ الْمُوصَى لَهُ بِخِدْمَتِهِ سَنَةً ، أَوْ قَبْضِ الزَّوْجِ أَمْرَأَتَهُ الْأَمَةَ . وَيُخَالِفُ الْعَارِيَّةُ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ مَنَفَعَتَهَا ، وَإِذَا انْقَضَتِ الْمُدَّةُ ، فَعَلِيهِ رَفْعُ يَدِهِ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ الرَّدُّ . أَوْ مَا إِلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، فَقِيلَ لَهُ : إِذَا اكْتَرَى دَابَّةً ، أَوْ اسْتَعَارَ ، أَوْ اسْتَوْدَعَ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْمِلَهُ ؟ فَقَالَ أَحْمَدُ : مَنْ اسْتَعَارَ شَيْئًا ، فَعَلِيهِ رَدُّهُ مِنْ حَيْثُ أَخَذَهُ . فَأَوْجَبَ الرَّدُّ فِي الْعَارِيَّةِ / ، وَلَمْ يُوجِبْهُ فِي الْإِجَارَةِ وَالْوَدِيعَةِ . وَوَجَّهَهُ أَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَفْتَضِي الضَّمَانَ ^(٥) ، فَلَا يَفْتَضِي رَدَّهُ وَمُؤْتَنَّهُ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَفَارَقَ الْعَارِيَّةُ ؛ فَإِنَّ ضَمَانَهَا يَجِبُ ، فَكَذَلِكَ رَدُّهَا . وَعَلَى هَذَا مَتَى انْقَضَتِ الْمُدَّةُ كَانَتِ الْعَيْنُ فِي يَدِهِ أَمَانَةً ، كَالْوَدِيعَةِ ، إِنْ تَلَفَتْ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْإِجَارَةِ غَيْرُ مَا ذُوْنُ لَهُ فِي إِمْسَاكِهَا ، أَشْبَهَ الْعَارِيَّةَ الْمُؤَقَّتَةَ بَعْدَ وَقْتِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا أَمَانَةٌ أَشْبَهَتْ الْوَدِيعَةَ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ ضَمَانُهَا لَوَجَبَ رَدُّهَا . وَأَمَّا الْعَارِيَّةُ فَإِنَّهَا مَضْمُونَةٌ فِي كُلِّ حَالٍ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، وَلِأَنَّهُ يَجِبُ رَدُّهَا . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، مَتَى طَلَبَهَا صَاحِبُهَا وَجَبَ تَسْلِيمُهَا إِلَيْهِ ، فَإِنْ أَمْتَنَعَ مِنْ رَدِّهَا لَغَيْرِ عُذْرٍ ، صَارَتْ مَضْمُونَةً ، كَالْمَعْصُوبَةِ .

فصل : فَإِنْ شَرَطَ الْمُؤَجِّرُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ضَمَانَ الْعَيْنِ ، فَالشَّرْطُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ . وَهَلْ تَفْسُدُ الْإِجَارَةُ بِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدِ فِي الْبَيْعِ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِيمَا إِذَا شَرَطَ ضَمَانَ الْعَيْنِ : الْكِرَاءُ وَالضَّمَانُ مَكْرُوهٌ . وَرَوَى الْأَثَرُ ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، قَالَ : لَا يَصْلُحُ الْكِرَاءُ بِالضَّمَانِ . وَعَنْ فُقَهَاءِ الْمَدِينَةِ أَنَّهُمْ كَانُوا يَقُولُونَ : لَا تُكْتَرَى بِضَمَانٍ ، إِلَّا أَنَّهُ مِنْ شَرَطٍ عَلَى كَرِيٍّ أَنَّهُ لَا يَنْزِلُ مَتَاعَهُ

(٥) فِي الْأَصْلِ : « الْعَمَل » .

بَطْنٍ وَإِدٍ ، أَوْ لَا يَسِيرُ بِهِ لَيْلًا ، مَعَ أَشْبَاهِ هَذِهِ الشُّرُوطِ ، فَتَعَدَّى ذَلِكَ ، فَتَلَفَ شَيْءٌ مِمَّا حَمَلَ فِي ذَلِكَ التَّعَدَّى ، فَهُوَ ضَامِنٌ ، فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ ، فَلَا يَصِحُّ شَرْطُ الضَّمَانِ فِيهِ ، وَإِنْ شَرَطَهُ لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَجِبُ ضَمَانُهُ لَا يُصَيِّرُهُ الشَّرْطُ^(٦) مَضْمُونًا ، وَمَا يَجِبُ ضَمَانُهُ لَا يَنْتَفِي ضَمَانُهُ بِشَرْطِ نَفْيِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ : الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الضَّمَانِ بِشَرْطِهِ ، وَوُجُوبِهِ بِشَرْطِهِ^(٧) ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »^(٨) . فَأَمَّا إِنْ أَكْرَاهُ عَيْنًا ، وَشَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَسِيرَ بِهَا فِي اللَّيْلِ ، أَوْ وَقْتُ الْقَائِلَةِ ، أَوْ لَا يَتَأَخَّرَ بِهَا عَنْ الْقَائِلَةِ . أَوْ لَا يَجْعَلَ سِيرَهُ فِي آخِرِهَا ، أَوْ لَا يَسْلُكَ بِهَا الطَّرِيقَ الْفُلَانِيَّةَ ، وَأَشْبَاهَ هَذَا مِمَّا لَهُ فِيهِ غَرَضٌ مُخَالَفٌ ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ لِشَرْطِ كَرِيهِ ، فَضَمِنَ مَا تَلَفَ بِهِ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَحْمَلَ عَلَيْهَا إِلَّا قَفِيرًا ، فَحَمَلَ اثْنَيْنِ .

فصل : وَإِنْ كَانَتِ الْإِجَارَةُ فَاسِدَةً ، لَمْ يَضْمَنْ الْعَيْنُ أَيْضًا إِذَا تَلَفَتْ بغير تَفْرِيطٍ وَلَا تَعَدٍّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَفْتَضِي الضَّمَانَ صَحِيحُهُ ، فَلَا يَقْتَضِيهِ / فَاسِدُهُ ، كَالْوَكَالَةِ وَالْمُضَارَبَةِ . وَحُكْمُ كُلِّ عَقْدٍ فَاسِدٍ فِي وُجُوبِ الضَّمَانِ ، حُكْمُ صَحِيحِهِ ، فَمَا وَجَبَ الضَّمَانُ فِي صَحِيحِهِ وَجَبَ فِي فَاسِدِهِ ، وَمَا لَمْ يَجِبْ فِي صَحِيحِهِ لَمْ يَجِبْ فِي فَاسِدِهِ .

فصل : وَلِلْمُسْتَأْجِرِ ضَرْبُ الدَّائِيَةِ بِقَدْرِ مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ، وَيَكْبُحُهَا بِاللَّجَامِ لِلِاسْتِصْلَاحِ ، وَيَحْتُهَا عَلَى السَّيْرِ^(٩) لِيَلْحَقَ الْقَائِلَةَ ، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَحَسَ

(٦) فِي الْأَصْلِ : « بِالشَّرْطِ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٨) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي ٣٠/٦ .

وَيُضَافُ إِلَيْهِ : وَأُخْرِجَهُ الْحَاكِمُ ، فِي بَابِ : الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ وَالصَّلَحُ جَائِزٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُسْتَدْرَكُ ٤٩/٢ ، ٥٠ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي بَابِ : مَا ذَكَرَ عَنِ الرَّسُولِ فِي الصَّلَحِ بَيْنَ النَّاسِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ .

تَحْفَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٠٣/٦ ، ١٠٤ .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « الْمَسِيرُ » .

بِعَيْرِ جَابِرٍ ، وَضَرْبُهُ^(١٠) . وَكَانَ أَبُو بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، يَخْرِشُ بَعِيرَهُ بِمُخَجِّنِهِ .
وَاللِّرَائِضُ ضَرْبُ الدَّائِيَةِ لِلتَّادِيْبِ ، وَتَرْتِيبِ الْمَشْيِ ، وَالْعَدْوِ ، وَالسَّيْرِ . وَلِلْمُعَلِّمِ
ضَرْبُ الصَّبِيَّانِ لِلتَّادِيْبِ . قَالَ الْأَثْرُمُ : سُئِلَ أَحْمَدُ ، عَنْ ضَرْبِ الْمُعَلِّمِ الصَّبِيَّانِ .
قَالَ : عَلَى قَدَرِ ذُنُوبِهِمْ ، وَيَتَوَقَّى بِجَهْدِهِ الضَّرْبَ ، وَإِذَا كَانَ صَغِيرًا لَا يَعْقِلُ فَلَا
يَضْرِبُهُ . وَمَنْ ضَرَبَ مِنْ^(١١) هَؤُلَاءِ كُلَّهُمْ^(١٢) الضَّرْبُ الْمَأْذُونُ فِيهِ ، لَمْ يَضْمَنْ مَا
تَلَفَ . وَبِهَذَا فِي الدَّائِيَةِ ، قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَبُو يَوْسَفَ ،
وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِجَنَائَتِهِ ، فَضَمَّنَهُ ، كَغَيْرِ
الْمُسْتَأْجِرِ ، وَكَذَلِكَ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْمُعَلِّمِ يَضْرِبُ الصَّبِيَّ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ تَأْذِيَهُ بِغَيْرِ
الضَّرْبِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَلَفَ مِنْ فِعْلِ مُسْتَحَقٍّ ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ تَحْتَ الْحِمْلِ ،
وَلَأَنَّ الضَّرْبَ مَعْنَى تَضَمُّنِهِ عَقْدُ الْإِجَارَةِ ، فَإِذَا تَلَفَ مِنْهُ لَمْ يَضْمَنْ ، كَالرُّكُوبِ .
وَفَارَقَ غَيْرَ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٌّ . وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ : يُمَكِّنُ التَّادِيْبُ بِغَيْرِ الضَّرْبِ .
لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الْعَادَةَ خِلَافُهُ ، وَلَوْ أُمَكِّنَ التَّادِيْبُ بِدُونِ الضَّرْبِ ، لَمَا جَازَ الضَّرْبُ ،
إِذْ فِيهِ ضَرَرٌ وَإِلَآمٌ مُسْتَعْنَى عَنْهُ . وَإِنْ أَسْرَفَ فِي هَذَا كُلَّهُ ، أَوْ زَادَ عَلَى مَا يَحْصُلُ
الْغِنَى^(١٣) بِهِ ، أَوْ ضَرَبَ مَنْ لَا عَقْلَ لَهُ مِنَ الصَّبِيَّانِ ، فَعَلِيهِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٌّ حَصَلَ
التَّلَفُ بِعُدْوَانِهِ .

(١٠) أخرجه البخاري ، في : باب الثيبات . وباب تستحد المغيبة وتمتشط ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري
٦/٧ ، ٥١ . ومسلم ، في : باب استحباب نكاح البكر ، من كتاب الرضاع ، وباب بيع البعير واستثناء ركوبه ،
من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٢/١٠٨٩ ، ٣/١٢٢١ ، ١٢٢٢ ، ١٢٢٣ . والإمام أحمد ، في : المسند
٣/٣٧٢ ، ٣٧٣ .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في الأصل : « المعنى » .

٩١١ - مسألة ؛ قال : (وَلَا ضَمَانَ عَلَى حُجَّامٍ ، وَلَا خَتَّانٍ ، وَلَا مُتَطَبِّبٍ ، إِذَا عُرِفَ مِنْهُمْ حَذَقُ الصَّنْعَةِ ، وَلَمْ تُجْنِ أَيْدِيهِمْ)

وجملته أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به ، لم يضمنوا بشرطين ؛ أحدهما ، أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم ، ولهم بها بصارة ومعرفة ؛ لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع ، وإذا قطع مع هذا كان فعلاً محرماً ، فيضمن سريته ، كالقَطْعِ ابتداءً . الثاني ، أن لا تجنى أيديهم ، فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع . فإذا وجد هذان الشرطان ، لم يضمنوا ؛ لأنهم قطعوا قطعاً مأذوناً فيه ، فلم يضمنوا سريته ، كقطع الإمام يد السارق ، أو فعل فعلاً مباحاً مأذوناً في فعله ، أشبه ما ذكرنا . فأما إن كان حاذقاً وجنت يده ، مثل أن تجاوزَ قطع الختان إلى الحشفة ، أو إلى بعضها ، أو / قطع في غير محل القطع ، أو يقطع^(١) الطبيب سلعة^(٢) من إنسان ، فيتجاوزها ، أو يقطع بألة كالأية كثر ألمها ، أو في وقت لا يصلح القطع فيه ، وأشبه هذا ، ضمن فيه كله ؛ لأنه إثلاف لا يختلِف ضمَّانه بالعمد والخطأ ، فأشبهه إثلاف المال ، ولأن هذا فعلٌ محرَّم ، فيضمن سريته ، كالقَطْعِ ابتداءً . وكذلك الحكم في النزاع^(٣) والقاطع في القصاص ، وقاطع يد السارق . وهذا مذهب الشافعي ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه خلافاً .

فصل : وإن ختن صبياً بغير إذن وليه ، أو قطع سلعة من إنسان بغير إذنه ، أو من صبي بغير إذن وليه ، فسرت جنائته ، ضمن ؛ لأنه قطع غير مأذون فيه ، وإن فعل ذلك الحاكم ، أو من له ولاية عليه ، أو فعله من أذنته ، لم يضمن ؛ لأنه مأذون فيه شرعاً .

فصل : ويجوز الاستئجار على الختان ، والمداواة ، وقطع السلعة . لا نعلم فيه خلافاً ؛ ولأنه فعلٌ يحتاج إليه ، مأذون فيه شرعاً ، فجاز الاستئجار عليه ، كسائر الأفعال المباحة .

(١ - ١) في م : السلعة . والسلعة هنا : كالثوب في الجسد أو خراج في العنق ، وتكون من جملة إلى

بطيخة : القاموس (سلع) .

(٢) النزاع : البيطار .

فصل : ويجوز أن يستأجر حَجَّامًا لِيَحْجُمَهُ ، وأجره مُباح . وهذا اختيار أئى
 الخطَّاب . وهذا قول ابن عَبَّاسٍ ، قال : أنا آكله^(٣) . وبه قال عِكْرِمَةُ ، والقاسِمُ ،
 وأبو جعفر ، ومحمد بن علي بن الحسين ، ورَبِيعَةُ ، ويحيى الأنصاري ، ومالك ،
 والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال القاضي : لا يباح أجر الحجام . وذكر أن أحمد
 نصَّ عليه في مواضع ، وقال : وإن^(٤) أُعْطِيَ شيئاً من غير عقد ولا شرط ، فله أخذه ،
 ويصرفه في غلب دوابه ، وطعمة عبده ، ومؤنة صناعته ، ولا يحل له أكله . وممن
 كره كسب الحجام عثمان ، وأبو هريرة ، والحسن ، والنخعي . وذلك لأن النبي
 ﷺ قال : « كَسَبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ » . (رواه مسلم^(٥)) . وقال : « أطعمه
 ناضحك ورققك »^(٦) . ولنا ، ما روى ابن عَبَّاسٍ ، قال : احتجم النبي ﷺ ،
 وأعطى الحجام أجره ، ولو علمه حراماً لم يُعطه . متفق عليه^(٧) . وفي لفظ : لو علمه

(٣) في الأصل : « أكلته » .

(٤) سقط من : م . وفي ب : « فإن » .

(٥ - ٥) في الأصل : « متفق عليه » .

وأخرجه مسلم في : باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم

١١٩٩/٣

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٣٨ . والترمذي ،
 في : باب ما جاء في ثمن الكلب ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٧٦ . والدارمي ، في : باب النهي
 عن كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢/٢٧٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٤٦٤ ، ٤٦٥ ،
 ١٤٤/٤ .

(٦) أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٣٨ . والترمذي ،
 في : باب ما جاء في كسب الحجام ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٧٨ . وابن ماجه ، في : باب كسب
 الحجام ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الحجامة وأجرة
 الحجام ، من كتاب الاستئذان . الموطأ ٢/٩٧٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣٨١ ، ٤١٤/٤ ، ٤٣٥/٥ ،
 ٤٣٦ .

(٧) أخرجه البخاري ، في : باب خراج الحجام ، من كتاب الإجارة . صحيح البخاري ٣/١٢٢ . ومسلم ،
 في : باب حل أجرة الحجامة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢٠٥ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٣٩ . والإمام أحمد ،
 في : المسند ١/٣١٦ ، ٣٢٤ ، ٣٣٣ ، ٣٥١ ، ٣٦٥ .

خَبِيثًا لَمْ يُعْطِهِ . وَلِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مُبَاحَةٌ ، لَا يَخْتَصُّ فَاعِلُهَا أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقَرْيَةِ ، فَجَازَ
الِاسْتِجَارُ عَلَيْهَا ، كَالْبِنَاءِ وَالْخِيَاطَةِ ، وَلِأَنَّ النَّاسَ حَاجَةٌ إِلَيْهَا ، وَلَا تَجِدُ كُلَّ أَحَدٍ
مُتَبَرِّعًا بِهَا ، فَجَازَ الِاسْتِجَارُ عَلَيْهَا ، كَالرِّضَاعِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي كَسْبِ
الْحَجَّامِ : « أَطْعِمُهُ رَقِيقَكَ » . دَلِيلٌ ^(٨) عَلَى إِبَاحَةِ كَسْبِهِ ، إِذْ غَيْرُ جَائِزٍ أَنْ يُطْعِمَ
رَقِيقَهُ مَا يَحْرُمُ أَكْلَهُ ، فَإِنَّ الرَّقِيقَ آدَمِيٌّ ، يَحْرُمُ عَلَيْهِمْ أَكْلُ ^(٩) مَا حَرَّمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، كَمَا
يَحْرُمُ عَلَى الْأَحْرَارِ ، وَتَخْصِيصُ ذَلِكَ بِمَا / أُعْطِيَهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِجَارٍ تَحْكُمُ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ ، ١٢٣/٥ ظ
'وَتَسْمِيَتُهُ كَسْبًا' ^(١٠) خَبِيثًا لَا يَلْزَمُ مِنْهُ التَّحْرِيمُ ، فَقَدْ سَمَّى النَّبِيُّ ﷺ الثَّوْمَ وَالْبَصَلَ
خَبِيثَيْنِ ^(١١) ، مَعَ إِبَاحَتِهِمَا . وَإِنَّمَا كَرِهَ النَّبِيُّ ﷺ ذَلِكَ لِلْحُرِّ تَنْزِيهًا لَهُ ^(١٢) ؛ لِدَنَاءَةِ
هَذِهِ الصَّنَاعَةِ . وَلَيْسَ عَنْ أَحْمَدَ نَصٌّ فِي تَحْرِيمِ كَسْبِ الْحَجَّامِ ، وَلَا الِاسْتِجَارِ
عَلَيْهَا ، وَإِنَّمَا قَالَ : نَحْنُ نُعْطِيهِ كَمَا أُعْطِيَ النَّبِيُّ ﷺ ، وَنَقُولُ لَهُ كَمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ ،
لَمَّا سُئِلَ عَنْ أَكْلِهِ نَهَاهُ ، وَقَالَ : « اغْلِفْهُ النَّاصِحَ وَالرَّقِيقَ » . وَهَذَا مَعْنَى كَلَامِهِ فِي
جَمِيعِ الرُّوَايَاتِ ، وَلَيْسَ هَذَا صَرِيحًا فِي تَحْرِيمِهِ ، بَلْ فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى إِبَاحَتِهِ ، كَمَا فِي قَوْلِ
النَّبِيِّ ﷺ وَفِعْلِهِ ، عَلَى مَا بَيَّنَّا ، وَأَنَّ إِعْطَاءَهُ لِلْحَجَّامِ دَلِيلٌ عَلَى إِبَاحَتِهِ ، إِذْ لَا يُعْطِيهِ
مَا يَحْرُمُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ عَلَيْهِ السَّلَامُ يُعَلِّمُ النَّاسَ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُحَرَّمَاتِ ، فَكَيْفَ يُعْطِيهِمْ
إِيَّاهَا ، وَيُمْكِّنُهُمْ مِنْهَا ، وَأَمْرُهُ بِأَطْعَامِ الرَّقِيقِ مِنْهَا دَلِيلٌ عَلَى الْإِبَاحَةِ ، فَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ نَهْيِهِ
عَنْ أَكْلِهَا عَلَى الْكَرَاهَةِ دُونَ التَّحْرِيمِ . وَكَذَلِكَ قَوْلُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ
قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ وَفِعْلِهِ ، وَإِنَّمَا قَصَدَ اتِّبَاعَهُ ﷺ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ مَنْ كَرِهَهُ مِنَ الْأَئِمَّةِ ،

(٨) فِي الْأَصْلِ : « دَل » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٠ - ١١) فِي الْأَصْلِ : « وَتَسْمِيَةُ كَسْبِهِ » .

(١١) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ نَبِيٍّ مِنْ أَكْلِ ثَوْمٍ أَوْ بَصَلٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاجِدِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣٩٦/١ .
وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي أَكْلِ الثَّوْمِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَطْعِمَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٣٢٥/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ يَخْرُجُ
مِنَ الْمَسْجِدِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاجِدِ . الْمُجْتَبَى ٣٤/٢ ، ٣٥ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ أَكَلَ الثَّوْمَ فَلَا يَقْرُبُ الْمَسْجِدَ ،
مِنْ كِتَابِ الْإِقَامَةِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٣٢٤/١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٥/١ ، ٢٨ ، ١٩/٤ .

يَتَعَيَّنُ حَمْلُ كَلَامِهِمْ عَلَى هَذَا ، وَلَا يَكُونُ فِي الْمَسْأَلَةِ قَائِلٌ بِالتَّحْرِيمِ . وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لِلْحَرِّ أَكْلُ كَسْبِ الْحَجَّامِ ، وَيُكْرَهُ تَعَلُّمُ صِنَاعَةِ الْحِجَامَةِ ، وَإِجَارَةُ نَفْسِهِ لَهَا ؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الْأَخْبَارِ ، وَلَأَنَّ فِيهَا دَنَاءَةً ، فَكُرِهَ^(١٢) الدُّخُولُ فِيهَا ، كَالْكُسْحِ . وَعَلَى هَذَا يُحْمَلُ قَوْلُ الْأَئِمَّةِ الَّذِينَ ذَكَرْنَا عَنْهُمْ كَرَاهَتَهَا ، جَمْعًا بَيْنَ الْأَخْبَارِ الْوَارِدَةِ فِيهَا ، وَتَوْفِيقًا بَيْنَ الْأَدِلَّةِ الدَّالَّةِ عَلَيْهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَأَمَّا اسْتِجَارُ الْحَجَّامِ لغيرِ الْحِجَامَةِ ، كَالْفَصْدِ ، وَخَلْقِ الشَّعْرِ ، وَتَقْصِيرِهِ ، وَالخِتَانِ ، وَقَطْعِ شَيْءٍ مِنَ الْجَسَدِ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، فَجَائِزٌ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « كَسْبُ الْحَجَّامِ حَبِيثٌ » . يَعْنِي بِالْحِجَامَةِ ، كَمَا نَهَى عَنْ مَهْرِ الْبَغِيِّ ، أَيْ فِي الْبَغَاءِ . وَكَذَلِكَ لَوْ كَسَبَ بِصِنَاعَةٍ أُخْرَى ، لَمْ يَكُنْ حَبِيثًا بِغَيْرِ خِلَافٍ . وَهَذَا التَّنْهَى مُخَالَفٌ لِلْقِيَاسِ ، فَيُحْتَصُّ^(١٣) بِالْمَحَلِّ الَّذِي وَرَدَ فِيهِ ، وَلَأَنَّ هَذِهِ الْأُمُورَ تَدْعُو الْحَاجَةَ إِلَيْهَا ، وَلَا تَحْرِيمَ فِيهَا ، فَجَازَتْ الْإِجَارَةُ فِيهَا^(١٤) ، وَأُخْذَ الْأَجْرُ عَلَيْهَا ، كَسَائِرِ الْمَنَافِعِ الْمُبَاحَةِ .

فصل : وَيجوزُ أَنْ يَسْتَأْجَرَ كَحَالًا لِيَكْحَلَ عَيْنُهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمَلٌ جَائِزٌ ، وَيُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ ، وَيَحْتَاجُ أَنْ يُقَدَّرَ ذَلِكَ بِالْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ غَيْرَ مَضْبُوطٍ ، فَيُقَدَّرُ بِهِ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى بَيَانِ قَدْرِ مَا يَكْحَلُهُ مَرَّةً فِي كُلِّ يَوْمٍ أَوْ مَرَّتَيْنِ . فَأَمَّا / إِنْ قَدَّرَهَا بِالْبُرءِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْلُومٍ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا بَأْسَ بِمُشَارَطَةِ الطَّبِيبِ عَلَى الْبُرءِ ؛ لِأَنَّ أَبَا سَعِيدٍ حِينَ رَفَى الرَّجُلَ ، شَارَطَهُ عَلَى الْبُرءِ^(١٥) . وَالصَّحِيحُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَنْ هَذَا يَجُوزُ ، لَكِنْ يَكُونُ جَعَالَةً لَا إِجَارَةً ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ لَا يَدْخُلُ فِيهَا مِنْ مُدَّةٍ ، أَوْ عَمَلٍ مَعْلُومٍ ، فَأَمَّا الْجَعَالَةُ ، فَتَجُوزُ عَلَى عَمَلٍ مَجْهُولٍ ، كَرَدِّ اللَّقْطَةِ وَالْآبِقِ ، وَحَدِيثُ

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « يَكْرَهُ » .

(١٣) فِي ب ، م : « مَخْتَصٌّ » .

(١٤) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١٥) يَأْتِي الْحَدِيثُ بِتَأَمُّهِ وَتَحْرِيجِهِ فِي الْمَسْأَلَةِ التَّالِيَةِ فِي صَفْحَةِ ١٣٧ .

أنى سَعِيدٌ فى الرُّقِيَّةِ إِنَّمَا كَانَ جَعَالَةً ، فَيَجُوزُ هَهُنَا مِثْلُهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْكُحْلَ
 إِنْ كَانَ مِنَ الْعَلِيلِ جَازَ ؛ لِأَنَّ آلَاتِ الْعَمَلِ تَكُونُ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ ، كَاللَّبَنِ فِي الْبِنَاءِ وَالطَّيْنِ
 وَالْأَجْرِ وَنَحْوِهَا . وَإِنْ شَارَطَهُ ^(١٦) عَلَى الْكُحْلِ ^(١٧) ، جَازَ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ
 أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ الْأَعْيَانَ لَا تُثْمَلُكَ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ ، فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاؤُهُ عَلَى الْعَامِلِ ، كَلَبِنِ
 الْحَائِطِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِهِ ^(١٨) ، وَيَشْتَقُّ عَلَى الْعَلِيلِ تَحْصِيلُهُ ، وَقَدْ يَعْجِزُ عَنْهُ
 بِالْكَلِيَّةِ ، فَجَازَ ذَلِكَ ، كَالصَّبْغِ مِنَ الصَّبَاغِ ، وَاللَّبَنِ فِي الرِّضَاعِ ، وَالْجَبْرِ وَالْأَقْلَامِ
 مِنَ الْوَرَقِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ ^(١٩) بِهَذِهِ الْأُصُولِ . وَفَارَقَ لَبِنَ الْحَائِطِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ
 تَحْصِيلُ الْمُسْتَأْجِرِ لَهُ ، وَلَا يَشْتَقُّ ذَلِكَ ، بِخِلَافِ مَسَائِلِنَا . وَقَالَ أَصْحَابُ مَالِكٍ :
 يَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ لِيَسْنِيَ لَهُ حَائِطًا وَالْأَجْرُ مِنْ عِنْدِهِ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَطَ مَا تَتِمُّ بِهِ الصَّنْعَةُ الَّتِي
 عَقَدَ عَلَيْهَا ، فَإِذَا كَانَ مُبَاحًا ^(٢٠) مَعْرُوفًا ، جَازَ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَصْبُغَ ثَوْبًا ، وَالصَّبْغُ
 مِنْ عِنْدِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ عَقْدٌ عَلَى الْمَنْفَعَةِ ، فَإِذَا شَرَطَ فِيهِ بَيْعَ الْعَيْنِ ، صَارَ
 كَبَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ . وَيُفَارِقُ الصَّبْغَ ، وَمَا ذَكَرْنَا مِنَ الصُّورَةِ الَّتِي جَازَ فِيهَا ذَلِكَ ، مِنْ حَيْثُ
 إِنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ تَحْصِيلَ الصَّبْغِ يَشْتَقُّ عَلَى صَاحِبِ الثَّوْبِ ، وَقَدْ يَكُونُ الصَّبْغُ
 لَا يَحْصُلُ إِلَّا فِي حَيْثُ يَحْتَاجُ إِلَى مُؤْنَةٍ كَثِيرَةٍ ، لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا فِي صَبْغِ هَذَا ^(٢١)
 الثَّوْبِ ، فَجَازَ ^(٢٢) لِمَسْيِسِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، بِخِلَافِ مَسَائِلِنَا .

فصل : وَإِذَا اسْتَأْجَرَهُ مُدَّةً ، فَكَحَلَهُ فِيهَا ، فَلَمْ تَبْرَأْ عَيْنَهُ ، اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ . وَبِهِ قَالَ
 الْجَمَاعَةُ . وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ لَا يَسْتَحَقُّ أَجْرًا حَتَّى تَبْرَأَ عَيْنَهُ ، وَلَمْ يَحْكُ ذَلِكَ
 أَصْحَابُهُ ، وَهُوَ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ قَدْ وَفَّى الْعَمَلَ الَّذِي وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ ، فَوَجِبَ

(١٦) فى الأصل : « شرطه » .

(١٧) فى الأصل : « الكحال » .

(١٨) سقط من : م .

(١٩) فى ب زيادة : « بمقتضى » .

(٢٠) سقط من : ب .

له الأجر ، وإن لم يحصل العَرَضُ ، كما لو استأجره لبناء حائط يوماً ، أو لخياطة قميص ، فلم يُتممه فيه . وإن برئت عينه في أثناء المدّة ، انفسخت الإجارة فيما بقي من المدّة ؛ لأنه قد تعذر العمل ، فأشبهه مالو حَجَرَ عنه / أمر غالب ، وكذلك لو مات .
 ١٢٤/٥ ط
 فإن امتنع من الاحتحال مع بقاء المَرَضِ ، استحقّ الكحال الأجر بمضي المدّة ، كما لو استأجره يوماً للبناء فلم يستعمله فيه . فأما إن شارطه على البرء ، فإنه يكون جعالة^(٢١) ، فلا يستحق شيئاً حتى يوجد البرء ، سواء وجد قريباً أو بعيداً ، فإن برئ بغير كحله ، أو تعذر^(٢٢) الكحل لموته ، أو غير ذلك من الموانع التي من جهة المستأجر ، فله أجر مثله ، كما لو عمل العاقل في الجعالة ، ثم فسخ العقد . وإن امتنع لأمر من جهة الكحال ، أو غير الجاعل ، فلا شيء له . وإن فسخ الجاعل الجعالة بعد عمل الكحال ، فعليه أجر عمله ، فإن فسخ الكحال ، فلا شيء له ؛ لأنها جعالة ، فثبت^(٢٣) فيها ما ذكرناه .

فصل : ويجوز أن يستأجر طبيباً ليدأويه . والكلام فيه كالکلام في الكحال ، سواء ، إلا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب ؛ لأن ذلك إنما جاز في الكحال على خلاف الأصل ، للحاجة إليه ، وجري العادة به ، فلم يوجد ذلك المعنى ههنا ، فثبت^(٢٣) الحكم فيه على وفق الأصل . والله أعلم .

فصل : ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه ؛ لأنها منفعة مباحة مقصودة ، فجاز الاستئجار على فعلها ، كالختان . فإن أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ، ضمنه ؛ لأنه من جنائته . وإن برأ الضرس قبل قلعه ، انفسخت الإجارة ؛ لأن قلعه لا يجوز . وإن لم يبرأ ، لكن امتنع المستأجر من قلعه ، لم يجبر عليه ؛ لأن إتلاف جزء من الآدمي مُحَرَّم في الأصل ، وإنما أبيع إذا صار بقاؤه ضرراً ، وذلك مفوض إلى كل إنسان في نفسه ،

(٢١) في الأصل : « حقاله » .

(٢٢) في الأصل : « امتنع » .

(٢٣) في الأصل : « فثبت » .

إذا كان أهلاً لذلك ، وصاحب الضرر أعلم بمضرته ، ومنفعته^(٢٤) ، وقدر آلمه^(٢٥) .

فصل : ومن استوجر على عمل موصوف في الذمة ، كخياطة ، أو بناء ، أو قلع ضرر ، فبذل الأجير نفسه للعمل ، فلم يمكنه المستأجر ، لم تستقر الأجرة بذلك ؛ لأنه عقد على المنفعة من غير تقدير^(٢٦) ، فلم يستقر بدلها بالبدل ، كالصداق لا يستقر ببذل المرأة نفسها . ويفارق حبس الدابة مدة الإجارة ؛ لأن المنافع تلفت^(٢٧) تحت يده^(٢٨) ، بخلاف مسألتنا .

٩١٢ - مسألة ؛ قال : (ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد)

لا نعلم خلافاً في صحة استئجار الراعي ، وقد دل عليه قول الله تعالى مخبراً عن شعيب ، أنه قال : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِكَ وَنُؤَيِّدَ بِنُفُسِنَا ، وَنُقَدِّرَ بِأَمْوَالِنَا ، أَنَّ تُصَلِّىَ عَلَيْنَا نَوْمَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ . وقد علم أن موسى عليه السلام ، إنما أجر نفسه لرعاية الغنم^(٢٩) . إذا ثبت هذا ، فإنه لا ضمان على الراعي فيما تلف من الماشية / ، ما لم يتعد ، ولا نعلم ١٢٥/٥ . فيه خلافاً إلا عن الشعبي ؛ فإنه روى عنه أنه ضمن الراعي . ولنا ، أنه مؤتمن على حفظها ، فلم يضمن من غير تعد ، كالمودع ، ولأنها عين قبضها بحكم الإجارة ، فلم يضمنها من غير تعد ، كالعين المستأجرة . فأما ما تلف بتعديه ، فيضمنه بغير خلاف ، مثل أن ينأى عن السائمة ، أو يغفل عنها ، أو يتركها تتباعده منه ، أو تغيب عن نظره وحفظه ، أو يضربها^(٣٠) ضرباً يسرف فيه ، أو في غير موضع الضرب ،

(٢٤) في الأصل : « نفعه » .

(٢٥) في ١ ، م : « المدة » .

(٢٦) في الأصل زيادة : « منفعة » . وفي ب زيادة : « مدة » .

(٢٧ - ٢٨) في ب : « بيده » .

(١) سورة القصص ٢٧ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٥ .

(٣) في ب ، م : « ضربها » .

أو من غير حاجة إليه ، أو يَسْلُكُ^(٤) بها مَوْضِعًا تَعَرَّضُ فِيهِ لِلتَّلَفِ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا مِمَّا يُعَدُّ تَقْرِيطًا وَتَعْدِيًا ، فَتَتَلَفُ بِهِ ، فَعَلِيهِ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ بِعَدْوَانِهِ ، فَضَمِنَهَا كَالْمُودِعِ إِذَا تَعَدَّى ، وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي التَّعْدَى وَعَدَمِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاعِي ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ . وَإِنْ فَعَلَ فِعْلًا اِخْتَلَفَا فِي كَوْنِهِ تَعْدِيًا ، رُجِعَ إِلَى أَهْلِ الْخَبْرَةِ . وَلَوْ جَاءَ بِجِلْدٍ شَاةٍ ، وَقَالَ : مَا تَيْتُ . قَبِلَ قَوْلُهُ ، وَلَمْ يَضْمَنْ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَضْمَنْ ، وَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْأَمْنَاءَ تُقْبَلُ أَقْوَالُهُمْ ، كَالْمُودِعِ ، وَلِأَنَّهُ يَتَعَدَّرُ عَلَيْهِ إِقَامَةُ الْبَيْتِ فِي الْغَالِبِ ، فَأَشْبَهُهُ الْمُودِعُ . وَكَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى مَوْتَهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَأْتِيَ بِجِلْدِهَا .

فصل : ولا يصح العقد في الرعي إلا على مدة معلومة ؛ لأن العمل لا ينحصر .
وَيَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَى رَعْيٍ مَاشِيَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، وَعَلَى جَنْسٍ فِي الذَّمَّةِ ، فَإِنْ عَقَدَ عَلَى مَاشِيَةٍ^(٥) مُعَيَّنَةٍ ، فَذَكَرَ أَصْحَابُنَا أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِأَعْيَانِهَا ، كَالْوِاسْتَأْجَرِ لَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ بِعَيْنِهِ ، فَلَا يَجُوزُ إِبْدَالُهُ^(٦) ، وَيَبْطُلُ الْعَقْدُ بِتَلَفِهَا . وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُهَا ، بَطَلَ عَقْدُ الْإِجَارَةِ فِيهِ ، وَلَهُ أَجْرُ مَا بَقِيَ مِنْهَا بِالْحِصَّةِ . وَإِنْ وَلَدَتْ سِخَالًا^(٧) ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ رَعْيُهَا ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ لَمْ يَتَنَاوَلْهَا الْعَقْدُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَتَعَلَّقَ بِأَعْيَانِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَأْجِرُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا ، وَإِنَّمَا يَسْتَوْفِي الْمَنْفَعَةَ بِهَا ، فَأَشْبَهُهُ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَ ظَهَرَ الْبَيْرِ كَبَهُ ، جَازَ أَنْ يَرْكَبَ غَيْرَهُ مَكَانَهُ ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَارًا لَيْسَ سَكْنُهَا ، جَازَ أَنْ يُسْكِنَهَا مِثْلَهُ^(٨) ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَهَا حِنْطَةً ، جَازَ أَنْ يَزْرَعَهَا مَا هُوَ مِثْلُهَا فِي الضَّرَرِ ، أَوْ أَدْنَى مِنْهَا ، وَإِنَّمَا الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَنْفَعَةُ الرَّاعِي ، وَهَذَا يَجِبُ لَهُ الْأَجْرُ إِذَا سَلَّمَ نَفْسَهُ وَإِنْ لَمْ يَزْرَعْ^(٨) . وَيُفَارِقُ الثَّوْبَ فِي الْخِيَاطَةِ ؛ لِأَنَّ الثِّيَابَ فِي مِظَنَّةِ الْاِخْتِلَافِ ، فِي سَهُولَةِ خِيَاطَتِهَا وَمَشَقَّتِهَا ، بِخِلَافِ

(٤) فِي ب ، م : « سَلَكَ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦) فِي الْأَصْلُ : « إِبْدَالُهَا » .

(٧) السَّخْلَةُ : وَلَدُ الشَّاةِ .

(٨) فِي الْأَصْلُ : « يَزْرَعُ » .

الرَّغْمِ . فعلى هذا ، له إبدؤها بمثلها . وإن تَلَفَ بعضها ، لم يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ فِيهِ ، وكان له إبدأه . وإن وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى مَوْصُوفٍ / فِي الذَّمِّ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ جِنْسِ الْحَيَوَانِ ١٢٥/٥ ط ونوعه ، إِبْلًا ، أَوْ بَقْرًا ، أَوْ غَنَمًا ، أَوْ ضَأْنَا ، أَوْ مَعَزَا . وَإِنْ أُطْلِقَ ذِكْرُ الْبَقْرِ وَالْإِبِلِ ، لَمْ يَتَنَاوَلِ الْجَوَامِيسَ وَالْبَحَائِيَّ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْأَسْمِ لَا يَتَنَاوَلُهَا عُرْفًا . وَإِنْ وَقَعَ الْعَقْدُ فِي مَكَانٍ يَتَنَاوَلُهَا إِطْلَاقُ الْأَسْمِ ، اخْتِجَإَ إِلَى ذِكْرِ نَوْعٍ مَا يَرَاهُ مِنْهَا ، كَالْغَنَمِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ نَوْعٍ لَهُ أَثَرٌ فِي إِثْعَابِ الرَّاعِي ، وَيَذْكُرُ الْكِبَرَ وَالصَّغَرَ ، فيقول : كِبَارًا أَوْ سِخَالًا ، أَوْ عَجَاجِيلَ أَوْ فَضْلَانًا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ثَمَّ ^(٩) قَرِينَةً ، أَوْ عُرْفَ صَارِفٍ إِلَى بَعْضِهَا ، فَيُعْنَى عَنِ الذَّكَرِ . وَإِذَا عَقَدَ عَلَى عَدَدٍ ^(١٠) مَوْصُوفٍ كَالْمِائَةِ ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ رَغْمٌ زِيَادَةٌ عَلَيْهَا ، لَا مِنْ سِخَالِهَا وَلَا مِنْ غَيْرِهَا . وَإِنْ أُطْلِقَ الْعَقْدُ لَمْ يَذْكُرْ عَدَدًا ، لَمْ يَجُزْ . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ ، وَيُحْمَلُ عَلَى مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ، كَالْمِائَةِ مِنَ الْغَنَمِ وَنَحْوِهَا . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ فِي ذَلِكَ تَحْتَلِفُ وَتَتَبَايَنُ كَثِيرًا ، إِذَا الْعَمَلُ ^(١١) يَحْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِ .

فصل : فيما تجوز إجارته ، تجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة ، مع بقائها بحكم الأصل ، كالأرض ، والدار ، والعبد ، والبهيمة ، والطياب ، والفساطيط ، والجبال ، والخيام ، والمحامل ، والسرورج ^(١٢) ، واللجم ^(١٣) ، والسيف ، والرمح ، وأشباه ذلك . وقد ذكرنا كثيرًا مما تجوز إجارته في مواضعه . وتجوز إجارة الحلبي . نص عليه أحمد ، في رواية ابنه عبد الله . وبهذا قال الثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وروى عن أحمد ، أنه قال في إجارة الحلبي : ما أدرى ما هو ؟ قال القاضي : هذا ^(١٤) محمول على إجارته بأجرة

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) في الأصل : « والعمل » .

(١٢) في ب ، م : « والسرورج » .

(١٣) في ب ، م : « واللجم » .

(١٤) في ب ، م : « هو » .

من جنسِهِ ، فأَمَّا بغيرِ جنسِهِ ، فلا بُاسَ به ، لِتَصْرِيحِ أَحْمَدَ بِجَوَازِهِ . وقال مالِكٌ ،
 في إِجَارَةِ الْحَلِيِّ وَالثِّيَابِ : ^(١٥) هو من المُشْتَبِهَاتِ . ولعلَّهُ يَذْهَبُ إلى أَنَّ الْمَقْصُودَ
 بذلكَ الرِّينَةُ ، وليس ذلكَ من الْمَقَاصِدِ الْأَصْلِيَّةِ . ومن مَنَعَ ذلكَ بأَجْرٍ من جنسِهِ ،
 فقد احتجَّ له بأنَّها تَحْتَكُّ بِالِاسْتِعْمَالِ ، فيَذْهَبُ منها أَجْزَاءٌ وإن كانت يَسِيرَةً ، فيَحْصُلُ
 الْأَجْرُ في مُقَابَلَتِهَا ، ومُقَابَلَةُ الْإِثْفَاعِ بها ، فيُفْضَى إلى بَيْعٍ ذَهَبٍ بِذَهَبٍ وَشَيْءٍ آخَرَ .
 ولنا ، أَنَّهَا عَيْنٌ يَنْتَفَعُ بِهَا مَنَفْعَةٌ مُبَاحَةٌ مَقْصُودَةٌ ، مع بَقَاءِ عَيْنِهَا ، فَأُشْبِهَتْ سَائِرَ مَا تَجُوزُ
 إِجَارَتُهُ ، وَالرِّينَةُ من الْمَقَاصِدِ الْأَصْلِيَّةِ ؛ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى ائْتَمَنَ بِهَا عَلَيْنَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى :
 ﴿ لَتَرْكَبُنَّهَا وَزِينَةً ﴾ ^(١٦) . وقال تَعَالَى : ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ /
 لِعِبَادِهِ ﴾ ^(١٧) . وَأَبَاحَ اللَّهُ تَعَالَى مِنَ التَّحَلِّيِ وَاللِّبَاسِ لِلنِّسَاءِ مَا حَرَّمَهُ عَلَى الرِّجَالِ ،
 لِحَاجَتِهِنَّ إلى التَّرْتِينِ لِلزَّوْجِ ، وَأَسْقَطَ الزَّكَاةَ عَنْ حَلِيَّهِنَّ مَعُونَةً لَهُنَّ عَلَى اقْتِنَائِهِ . وما
 ذَكَرُوهُ مِنْ تَقْصِيصِهَا بِالِاخْتِكَاكِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَسِيرٌ ، لَا يُقَابَلُ بِعَوَضٍ ، وَلَا يَكَادُ
 يَظْهَرُ في وَزْنٍ ، وَلَوْ ظَهَرَ فَالْأَجْرُ في مُقَابَلَةِ الْإِثْفَاعِ ، لَا في مُقَابَلَةِ الْأَجْزَاءِ ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ
 في الْإِجَارَةِ ، إِنَّمَا هُوَ عَوَضُ الْمَنَفْعَةِ ، كَمَا في سَائِرِ الْمَوَاضِعِ ، وَلَوْ كَانَ في مُقَابَلَةِ الْجُزْءِ
 الذَّاهِبِ ^(١٨) ، لَمَا جَازَ إِجَارَةُ أَحَدِ التَّقْدِيرَيْنِ بِالْآخَرِ ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى الْفَرْقِ ^(١٩) في
 مُعَاوَضَةِ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ قَبْلَ الْقَبْضِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَتَجُوزُ إِجَارَةُ الدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ ، لِلزَّوْنِ وَالتَّحَلِّيِ ، في مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ . وبه
 قال أبو حنيفة . وهو أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، أَنَّهَا لَا تَجُوزُ
 إِجَارَتُهَا ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْمَنَفْعَةَ لَيْسَتْ الْمَقْصُودَةَ ^(٢٠) مِنْهَا ، وَلِذَلِكَ لَا تُضْمَنُ مَنَفْعَتُهَا
 بِعَصَبِهَا ، فَأُشْبِهَتْ الشَّمْعَ . ولنا ، أَنَّهَا عَيْنٌ أَمَكْنَ الْإِثْفَاعُ بِهَا مع بَقَاءِ عَيْنِهَا مَنَفْعَةً

(١٥) في م زيادة : « ما » .

(١٦) سورة النحل ٨ .

(١٧) سورة الأعراف ٣٢ .

(١٨) في الأصل : « الزائد » .

(١٩) في الأصل : « التفرق » .

(٢٠) في ب ، م : « المقصود » .

مُبَاحَةً ، فَأَشْبَهَتْ الْحَلَى ، وَفَارَقَتْ^(٢١) الشَّمْعَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ إِلَّا بِمَا تَتَلَفُ^(٢٢) عَيْنُهُ .
 إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ ذَكَرَ مَا يَسْتَأْجِرُهُ لَهُ ، وَعَيْنُهُ ، فَحَسَنٌ ، وَإِنْ أَطْلَقَ الْإِجَارَةَ ،
 فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : تَصِحُّ الْإِجَارَةُ ، وَيَنْتَفِعُ بِهَا فِيمَا شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ مَنَفْعَتَهُمَا فِي
 الْإِجَارَةِ مُتَعَيَّنَةٌ فِي التَّحْلِى وَالْوَزْنِ ، وَهُمَا مُتَقَارِبَانِ ، فَوَجِبَ أَنْ تُحْمَلَ الْإِجَارَةُ عِنْدَ
 الْإِطْلَاقِ عَلَيْهِمَا ، كَأَسْتِجَارِ الدَّارِ مُطْلَقًا ، فَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ السُّكْنَى ، وَوَضَعَ الْمَنَاعَ فِيهَا .
 وَقَالَ الْقَاضِي : لَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ ، وَتَكُونُ قَرْضًا . وَهَذَا مَذْهَبُ أَيْ حَنِيفَةٍ ؛ لِأَنَّ
 الْإِجَارَةَ تَقْتَضِي الْإِنْتِفَاعَ ، وَالْإِنْتِفَاعُ الْمُعْتَادُ بِالْذَّرَاهِمِ . وَالذَّنَائِيرُ إِنَّمَا هُوَ بِأَعْيَانِهَا ،
 فَإِذَا أُطْلِقَ الْإِنْتِفَاعُ ، حُمِلَ عَلَى الْإِنْتِفَاعِ الْمُعْتَادِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا تَصِحُّ
 الْإِجَارَةُ ، وَلَا تَكُونُ قَرْضًا ؛ لِأَنَّ التَّحْلَى يَنْقُصُهَا ، وَالْوَزْنُ لَا يَنْقُصُهَا ، فَقَدْ اخْتَلَفَتْ
 جِهَةُ الْإِنْتِفَاعِ ، فَلَمْ يَجُزْ إِطْلَاقُهَا . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُعَبَّرَ بِهَا عَنِ الْقَرْضِ ؛ لِأَنَّ الْقَرْضَ
 تَمْلِيكَ لِلغَيْرِ ، وَالْإِجَارَةُ تَقْتَضِي الْإِنْتِفَاعَ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ ، فَلَمْ يَجُزِ التَّغْيِيرُ بِأَحَدِهِمَا
 عَنِ الْآخَرِ . وَلِأَنَّ التَّسْمِيَةَ وَالْأَلْفَافَ تُوْخَذُ نَقْلًا ، وَلَمْ يُعْهَدْ فِي اللُّسَانِ التَّغْيِيرُ بِالْإِجَارَةِ
 عَنِ الْقَرْضِ . وَقَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مَتَى أُمِكنَ حَمْلُهُ
 عَلَى الصَّحَّةِ ، كَانَ أَوَّلَى مِنْ إِفْسَادِهِ ، وَقَدْ أُمِكنَ حَمْلُهُ عَلَى إِجَارَتِهَا لِلْجِهَةِ الَّتِي تَجُوزُ
 / إِجَارَتُهَا فِيهَا . وَقَوْلُ الْقَاضِي لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ إِنَّمَا تَقْتَضِي انْتِفَاعًا مَعَ بَقَاءِ
 الْعَيْنِ ، فَلَا تُحْمَلُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ . وَمَا ذَكَرَ الْآخَرُونَ مِنْ نَقْصِ الْعَيْنِ بِالِاسْتِعْمَالِ فِي
 التَّحْلِى فَبَعِيدٌ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ يَسِيرٌ لَا أَثَرَ لَهُ ، فَوْجُودُهُ كَعَدَمِهِ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ شَجَرًا وَنَخِيلًا ، لِيُجَفَّفَ عَلَيْهَا الثِّيَابُ ، أَوْ يَسْتَطْعَهَا عَلَيْهَا
 لِيَسْتِظِلَّ بِظِلِّهَا ، وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ وَجْهَانِ ؛ لِمَا ذَكَرُوهُ فِي الْأَثْمَانِ . وَلَنَا ،
 أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ مَقْطُوعَةً ، لَجَازَ اسْتِجَارُهَا لِذَلِكَ ، فَكَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ ثَابِتَةً ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ
 الْإِنْتِفَاعَ يَحْصُلُ بِهِمَا عَلَى السَّوَاءِ فِي الْحَالَتَيْنِ ، فَمَا جَازَ فِي إِحْدَاهُمَا يَجُوزُ فِي الْآخَرَى ،

(٢١) فِي ب ، م : « وَفَارَقَ » .

(٢٢) فِي ب ، م : « أَتَلَفَ » .

ولأنَّها شَجَرَةٌ ، فجازَ اسْتِجَارُها لذلك كالمَقْطُوعَةِ ، ولأنَّها مَنفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ ، يُمكنُ اسْتِيفَاؤها مع بَقَاءِ العَيْنِ ، فجازَ العَقْدُ عليها ، كما لو كانت مَقْطُوعَةً ، ولأنَّها عَيْنٌ ، يُمكنُ اسْتِيفَاءُ هذه المَنفَعَةِ منها ، فجازَ اسْتِجَارُها لها ، كالجِبَالِ والحَشَبِ والشَّجَرِ المَقْطُوعِ .

فصل : ويجوزُ اسْتِجَارُ غَنَمٍ لَتَدُوسَ له طِينًا أو زَرْعًا . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فيه وَجْهَانِ ؛ لأنَّها مَنفَعَةٌ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ من هذا الحَيَوَانِ ، فَأَشْبَهَتِ النَّخِيلَ . ولنا ، أنَّها مَنفَعَةٌ مُبَاحَةٌ ، يُمكنُ اسْتِيفَاؤها من العَيْنِ مع بَقَائِها ، فَأَشْبَهَتِ اسْتِجَارَ البَقَرِ لِدِيَّاسِ الزَّرْعِ .

فصل : ويجوزُ اسْتِجَارُ ما يَنْقَى من الطَّيِّبِ والصَّنَدِلِ وأَقْطَاعِ الكافُورِ والنَّدِّ ، لَتَشْمُهُ^(٢٣) المَرَضَى وغيرُهم مُدَّةً ، ثم يَرُدُّه^(٢٤) ؛ لأنَّها مَنفَعَةٌ مُبَاحَةٌ ، فَأَشْبَهَتِ الوَزْنَ والتَّحْلَى ، مع أنَّه لا يَنْفَكُ من إِخْلَاقٍ وبَلَى .

فصل : وتَجوزُ إِجَارَةُ الحَائِطِ ، لِيَضَعَ عليها خَشَبًا مَعْلُومًا ، مُدَّةً مَعْلُومَةً . وبه قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : لا يجوزُ . ولنا ، أنَّ هذه مَنفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ ، مَقْدُورٌ على تَسْلِيمِها واسْتِيفَائِها ، فجازَ عَقْدُ الإِجَارَةِ عليها ، كاسْتِجَارِ السَّطْحِ لِلنَّوْمِ عليه .

فصل : ويجوزُ اسْتِجَارُ دارٍ يَتَّخِذُها مَسْجِدًا يُصَلَّى فيه . وبه قال مالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ فِعْلَ الصَّلَاةِ لا يجوزُ اسْتِحْقَاقُهُ بِعَقْدِ إِجَارَةٍ بِحَالٍ ، فلا تجوزُ الإِجَارَةُ لذلك . ولنا ، أنَّ هذه مَنفَعَةٌ مُبَاحَةٌ ، يُمكنُ اسْتِيفَاؤها من العَيْنِ مع بَقَائِها ، فجازَ اسْتِجَارُ العَيْنِ لها ، كالسُّكْنَى ، ويُفَارِقُ الصَّلَاةَ ، فإنَّها لا تَدْخُلُها التِّيَابَةُ ، بِخِلَافِ بِنَاءِ المَسَاجِدِ .

(٢٣) في الأصل : « ليشتمه » .

(٢٤) في ب ، م : « يردّها » .

فصل : وذَكَرَ ابنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِجَارُ الْبَيْرِ ، لَيْسَتْ قِيَمَتُهَا مَعْلُومَةٌ ؛ لِأَنَّ هَوَاءَ الْبَيْرِ وَعُمْقُهَا فِيهِ نَوْعٌ ائْتِفَاعٌ بِمُرُورِ الدَّلْوِ فِيهِ ، وَأَمَّا نَفْسُ الْمَاءِ ، فَيُؤْخَذُ عَلَى أَصْلِ الْإِبَاحَةِ .

فصل : وَيَجُوزُ اسْتِجَارُ الْفَهْدِ وَالْبَارِي وَالصَّقْرِ لِلصَّيْدِ ، فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَفْعًا مُبَاحًا تَجُوزُ إِعَارَتُهُ لَهُ ، فَجَازَتْ إِجَارَتُهُ لَهُ ، كَالدَّائِيَةِ . وَتَجُوزُ إِجَارَةُ كُتُبِ الْعِلْمِ ، الَّتِي يَجُوزُ بَيْعُهَا لِلْاِئْتِفَاعِ بِهَا فِي الْقِرَاءَةِ فِيهَا ، وَالنَّسْخِ مِنْهَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَتَجُوزُ إِجَارَةُ دَرَجٍ فِيهِ خَطٌّ حَسَنٌ ، يَكْتُبُ عَلَيْهِ ، وَيَتِمَّلُ مِنْهُ ؛ لِذَلِكَ .

فصل : وَمَا لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ أَقْسَامٌ :

أَحَدُهَا ، مَا لَا يُمْكِنُ الْاِئْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، كَالْمَطْعُومِ وَالْمَشْرُوبِ ، وَالشَّمْعِ لِيُشْعِلَهُ ؛ لِأَنَّ إِجَارَةَ عَقْدٍ عَلَى الْمَنَافِعِ ، وَهَذِهِ لَا يَنْتَفَعُ بِهَا إِلَّا بِإِثْلَافِ عَيْنِهَا ، فَإِنْ اسْتَأْجَرَ شَمْعَةً يُسْرِجُهَا ، وَيُرَدُّ بِقِيَّتِهَا ، وَثَمَنَ مَا ذَهَبَ ، وَأَجَرَ الْبَاقِي ، كَانَ فَاسِدًا ؛ لِأَنَّهُ يَشْمَلُ بَيْعًا وَإِجَارَةً ، وَمَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْبَيْعُ مَجْهُولٌ ، وَإِذَا جُهِلَ الْمَبِيعُ جُهِلَ الْمُسْتَأْجَرُ أَيْضًا ، فَيُفْسَدُ الْعَقْدَانِ ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ شَمْعًا لِيَتَجَمَّلَ بِهِ ، وَيُرَدَّهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُشْعَلَ مِنْهُ شَيْئًا ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِمَنْفَعَةٍ مَرْغِيَّةٍ فِي الشَّرْعِ ، فَيَذَلُّ الْمَالُ فِيهِ سَفَةً ، وَأَخَذَهُ أَكْلُ مَالٍ بِالْبَاطِلِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ ^(٢٥) خُبْرًا لِيَنْظُرَ إِلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَأْجَرَ ^(٢٦) طَعَامًا لِيَتَجَمَّلَ بِهِ عَلَى مَائِدَتِهِ ، ثُمَّ يُرَدَّهُ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَهَكَذَا سَائِرُ الْأَشْيَاءِ ، وَلَا يَصِحُّ اسْتِجَارُ مَا لَا يَبْقَى ^(٢٧) مِنَ الرِّيَاحِينَ ، كَالْوَرْدِ وَالْبَنْفَسَجِ وَالرَّيْحَانِ الْفَارِسِيِّ ، وَأَشْبَاهِهِ ، لِشَمِّهَا ؛ لِأَنَّهَا تَتَلَفُّ عَنْ قُرْبٍ ، فَأَشْبَهَتْ الْمَطْعُومَاتِ . وَلَا يَجُوزُ اسْتِجَارُ الْغَنَمِ ، وَلَا الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ ، لِأَخْذِ لَبَنِهَا ، وَلَا لِيَسْتَرْضِعَهَا لِسِخَالِهِ ^(٢٧) وَنَحْوِهَا ، وَلَا اسْتِجَارُهَا لِأَخْذِ صُوفِهَا ، وَلَا شَعْرِهَا ،

(٢٥ - ٢٥) سقط من : الأصل .

(٢٦) في الأصل : يتناقى .

(٢٧) في الأصل : استحاله . تحريف . وفي م : السخلة .

ولا وبرها ، ولا استعجارُ شجرة ، ليأخذ ثمرتها ، أو شيئاً من عنيها .

فصل : ولا تجوزُ إجارةُ الفحل للضراب . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعي ، وأصحابِ الرأي ، وأبي ثور ، وابن المنذر . وخرج أبو الخطاب وجهاً في جوازه ؛ لأنه انتفاعٌ مباح ، والحاجةُ تدعو إليه ، فجاز ، كإجارةِ الظئر للرضاع^(٢٨) ، والبير لِيَسْتَقِيَ منها الماء ؛ ولأنها منفعةٌ تُستباح بالإعارة ، فتُستباح بالإجارة ، كسائر المنافع . وهذا مذهبُ الحسن ، وابن سيرين . ولنا ، أن النبي ﷺ نهى عن عَسْبِ الفحل : ^(٢٩) «مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ» ، وفي لَفْظٍ : نهى عن ضرابِ الجمل . ولأنَّ المقصودَ الماءَ الذي يُخلَقُ منه الولدُ ، فيكونُ عقدُ الإجارةِ لاستيفاءِ عَيْنِ غائِبَةٍ^(٣٠) ، فلم يجز ، كإجارةِ الغنم لأخذ لبنها ، وهذا أولى ؛ فإنَّ هذا الماءُ مُحَرَّمٌ لا قِيمَةَ له ، فلم يجز أخذُ العوضِ / عنه ، كالمَيْتَةِ والدم ، وهو مجهولٌ ، فأشبهه اللبنُ في الضرع . فأما من أجازَه ، فينبغي أن يوقع العقدَ على العملِ ، ويُقدِّره بمرَّةٍ أو مرَّتَيْنِ أو أكثر . وقيل : يَقَعُ العقدُ على مُدَّةٍ . وهذا بعيدٌ ؛ لأنَّ من أرادَ إطراقَ فرسه مرَّةً ، فَقَدَرَهُ بِمُدَّةٍ تَزِيدُ على قَدْرِ الفحلِ ، لم يُمكنِ استيعابُها به ، وإن اقتصرَ على مقداره ، فربَّما لا يحصلُ الفحلُ فيه ، ويتعذَّرُ أيضاً ضبطُ مقدارِ الفحلِ ، فيتعيَّنُ التقديرُ بالفحلِ ، إلّا أن يكثرَ فحلاً لإطراق ما شِئَتْ كثيرة ، كفحلٍ يتركُه في إبله ، أو تيسٍ في غنمه ، فإنَّ هذا إنما يكثرُ مدَّةً معلومةً . والمذهبُ أنَّه لا يجوزُ إجارته ، فإن احتاجَ إنسانٌ إلى ذلك ، ولم يجدْ من يُطْرِقُ له ، جازَ له^(٣١) أن يَبْذُلَ الكِراءَ ، وليس للمُطْرِقِ أخذه . قال عطاءٌ : لا يأخذُ عليه شيئاً ، ولا بأسَ أن يُعْطِيَهُ إذا لم يجدْ من يُطْرِقُ^(٣٢) له . ولأنَّ ذلكَ بذلٌ

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) - (٢٩) في ب : « رواية البخاري » .

وتقدم تخريجه في : ٣٠٣/٦ .

(٣٠) سقط من : الأصل ، ب .

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) في الأصل : « يطرقه » .

مال^(٣٣) لِتَحْصِيلِ مَنَفَعَةٍ مُبَاحَةٍ تَدْعُو الْحَاجَةُ إِلَيْهَا ، فَجَازَ ، كَشَرَاءِ الْأَسِيرِ ، وَرِشْوَةِ الظَّالِمِ لِيُدْفَعَ ظُلْمُهُ . وَإِنْ أَطْرُقَ إِنْسَانٌ فَحَلَّهُ بِغَيْرِ إِجَارَةٍ وَلَا شَرْطٍ ، فَأُهِدِيَ لَهُ هَدِيَّةٌ ، أَوْ أُكْرِمَ بِكَرَامَةٍ لِّذَلِكَ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَعْرُوفًا ، فَجَازَتْ مُجَازَاتُهُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أُهِدِيَ هَدِيَّةٌ .

فصل : القسم الثاني ، مَا مَنَفَعَتْهُ مُحَرَّمَةٌ ، كَالزَّرْنِيِّ وَالزَّمْرِ وَالتَّوْحِ وَالْغِنَاءِ ، فَلَا يَجُوزُ الاسْتِئْجَارُ^(٣٤) لِفِعْلِهِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَصَاحِبَاهُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَكَرِهَ ذَلِكَ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّحْعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ ، فَلَمْ يَجُزِ الاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ ، كَأَجَارَةِ أَمَتِهِ لِلزَّرْنِيِّ . وَلَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ كَاتِبٍ لِيَكْتُبَ لَهُ غِنَاءً وَتَوْحًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ انْتِفَاعٌ بِمُحَرَّمٍ ، فَأَشْبَهَ مَا ذَكَرْنَا . وَلَا يَجُوزُ الاسْتِئْجَارُ عَلَى كِتَابَةِ شَيْءٍ مُحَرَّمٍ ، وَلَا بِذَعَةٍ ، وَلَا شَيْءٍ مُحَرَّمٍ ؛ لِذَلِكَ . وَلَا يَجُوزُ الاسْتِئْجَارُ عَلَى حَمْلِ الْخَمْرِ لِمَنْ يَشْرِبُهَا ، وَلَا عَلَى حَمْلِ خَنْزِيرٍ وَلَا مَيْتَةٍ ؛ لِذَلِكَ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ لَا يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ حَمَلَهُ مِثْلَهُ جَازَ ، وَلَئِنَّهُ لَوْ قَصَدَ لِإِرَاقَتِهِ أَوْ طَرَحَ الْمَيْتَةَ ، جَازَ . وَقَدَرُوا عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ حَمَلَ خَنْزِيرًا أَوْ مَيْتَةً أَوْ خَمَرَ النَّصْرَانِي : أَكْرَهُ أَكْلَ كِرَائِهِ ، وَلَكِنْ يَقْضَى لِلْحَمَالِ بِالْكَرَاءِ ، فَإِذَا كَانَ لِمُسْلِمٍ فَهُوَ أَشَدُّ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِيُرِيقَهَا ، فَأَمَّا لِلشَّرْبِ فَمَحْظُورٌ ، وَلَا يَحِلُّ أَخْذُ الْأَجْرَةِ عَلَيْهِ . وَهَذَا التَّأْوِيلُ بَعِيدٌ ؛ لِقَوْلِهِ : أَكْرَهُ أَكْلَ كِرَائِهِ ، / وَإِذَا كَانَ لِمُسْلِمٍ فَهُوَ أَشَدُّ . وَلَكِنَّ الْمَذْهَبَ خِلَافَ هَذِهِ ١٢٨/٥ وَ الرُّوَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ لِفِعْلِ مُحَرَّمٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالزَّرْنِيِّ . وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَعَنَ حَامِلَهَا وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ^(٣٥) . وَقَوْلُهُ : لَا يَتَعَيَّنُ . يَبْطُلُ بِاسْتِئْجَارِ أَرْضٍ لِيَتَّخِذَهَا مَسْجِدًا . وَأَمَّا حَمْلُ هَذِهِ لِإِرَاقَتِهَا ، وَالْمَيْتَةِ لِطَرَحِهَا ، وَالْاسْتِئْجَارِ لِلْكَتِفِ ، فَجَائِزٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) في ب زيادة : عليه .

(٣٥) تقدم تخرجه في : ٣١٨/٦ .

كله مباح ، وقد استأجر النبي ﷺ^(٣٦) أبا طيبة فحججه^(٣٦). وقال أحمد ، في رواية ابن منصور ، في الرجل يؤجر نفسه لينظاره كرم النصراني^(٣٨) : يكره ذلك ؛ لأن الأصل في ذلك راجع إلى الخمر .

فصل : ويكره أن يؤجر الرجل نفسه لكسح الكنف ، ويكره له أكل أجره ؛ لأن النبي ﷺ قال : « كَسَبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ »^(٣٩) . ونهى الحر عن أكله ، فهذا أولى . وقد روى عن ابن عباس ، أن رجلاً حج ، ثم أتاه ، فقال له^(٤٠) : إني رجل أكئس ، فما ترى في مكسبي ؟ قال : أي شيء تكتسب ؟ قال : العذرة ، قال : ومنه حججت ، ومنه تزوجت ؟ قال : نعم ، قال : أنت خبيث ، وحجك خبيث ، وما تزوجت خبيث . أو نحو هذا ، ذكره سعيد بن منصور ، في « سننه » بمعناه ، ولأن

(٣٦ - ٣٦) في م : « أبا طيبة لحججه » . وأبو طيبة مولى الأنصار . انظر ترجمته في : الإصابة ٢٣٣/٧ .
والحديث أخرجه البخاري ، في : باب ذكر الحجام ، وباب من أجرى أمر الأنصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيل والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة ، من كتاب البيوع ، وباب ضريبة العبد ، وتعاهد ضرائب الإماء ، من كتاب الإجارة ، وباب الحجامة من الداء ، من كتاب الطب . صحيح البخاري ٨٢/٣ ، ١٠٣ ، ١٢٢ ، ١٦١/٧ ، ومسلم ، في : باب حل أجره الحجامة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٤/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢٣٩/٢ ، والترمذي ، في : باب ما جاء في الرخصة في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٨/٥ ، والدارمي ، في : باب في الرخصة في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٧٢/٢ ، والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الحجامة وأجره الحجام . الموطأ ٩٧٤/٢ ، والإمام أحمد ، في : المسند ١٠٠/٣ ، ١٧٤ ، ١٨٢ ، ٣٥٣ .

(٣٧) في الأصل : « يؤاجر » .

(٣٨) في الأصل : « النصراني » .

(٣٩) تقدم تخريجه في صفحة ١١٨ .

(٤٠) سقط من : ب ، م .

فيه ذنائةً ، فكَرِهَ ، كالحِجَامَةِ ، فَأَمَّا الإِجَارَةُ فِي الْجُمْلَةِ ، فَجَائِزَةٌ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَيْهَا ، فَلَا تَنْدَفِعُ بِدُونِ إِبَاحَةِ الإِجَارَةِ ، فَوَجِبَ إِبَاحَتُهَا ، كالحِجَامَةِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ إِجَارَةُ دَارِهِ لِمَنْ يَتَّخِذُهَا كَيْسَةً ، أَوْ بَيْعَةً ، أَوْ يَتَّخِذُهَا لِبَيْعِ الْحُمْرِ ، أَوْ الْقِمَارِ . وَبِهِ قَالَ الْجَمَاعَةُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ بَيْتُكَ فِي السَّوَادِ ، فَلَا بَأْسَ أَنْ تُؤْجِرَهُ لَذَلِكَ . وَخَالَفَهُ صَاحِبَاهُ ، وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ فِي تَأْوِيلِ قَوْلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، فَلَمْ تُجْزِ الإِجَارَةُ عَلَيْهِ ، كإِجَارَةِ عَبْدِهِ لِلْفُجُورِ . وَلَوْ اكْتَرَى ذِمِّيٌّ مِنْ مُسْلِمٍ دَارَهُ ، فَأَرَادَ بَيْعَ الْحُمْرِ فِيهَا ، فَلِصَاحِبِ الدَّارِ مَنْعُهُ . وَبِذَلِكَ قَالَ الثَّوْرِيُّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ كَانَ بَيْتُهُ ^(٤١) فِي السَّوَادِ وَالْجَبَلِ ، فَلَهُ أَنْ يَفْعَلَ مَا شَاءَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، جَازَ الْمَنْعُ مِنْهُ فِي الْمِصْرِ ، فَجَازَ فِي السَّوَادِ ، كَقَتْلِ النَّفْسِ الْمُحَرَّمَةِ .

فصل : الْقِسْمُ الثَّلَاثُ ، مَا يَحْرُمُ بَيْعُهُ ، إِلَّا الْحُرُّ وَالْوَقْفُ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرُ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ إِجَارَتُهَا ، وَإِنْ حُرِّمَ بَيْعُهَا ، وَمَا عَدَا ذَلِكَ فَلَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ ، سِوَاءَ كَانَ مِمَّا ^(٤٢) لَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، كَالْعَبْدِ الْآبِقِ ، وَالْجَمَلِ النَّادِّ ، وَالْبَهِيمَةِ الشَّارِدَةِ ، وَالْمَعْصُوبِ مِنْ غَيْرِ غَاصِبِهِ ^(٤٣) مِمَّنْ لَا يَقْدَرُ عَلَى انْتِزَاعِهِ مِنْهُ ، فَإِنَّهُ لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا تُجْهَلُ صِفَتُهُ ، فَإِنَّهُ لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . أَوْ كَانَ مِمَّنْ لَا نَفْعَ فِيهِ ، كَسِبَاعِ الْبَهَائِمِ ، أَوِ الطَّيْرِ الَّتِي لَا تَصْلُحُ لِلْإِصْطِيَادِ . وَلَا تَجُوزُ إِجَارَةُ الْكَلْبِ ، وَلَا الْخِنْزِيرِ ، بِحَالٍ . وَيَتَخَرَّجُ جَوَازُ إِجَارَةِ الْكَلْبِ الَّذِي يُبَاحُ اقْتِنَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَفْعًا مُبَاحًا تَجُوزُ إِعَارَتُهُ ^(٤٤) ، فَجَازَتْ إِجَارَتُهُ ^(٤٥) .

(٤١) فِي الْأَصْلِ : « بَيْتُكَ » .

(٤٢) فِي ب ، م : « مِمَّنْ » .

(٤٣) فِي ب ، م زِيَادَةٌ : « أَوْ » .

(٤٤) فِي م : « لَهُ إِجَارَتُهُ » .

(٤٥) فِي م زِيَادَةٌ : « لَهُ » .

كغيره . ولأصحاب الشافعي وجهان ، كهذين^(٤٦) . ولا تجوز إجارة ما لا يقدر على تسليم منفعته ، سواء جاز بيعه أو لم يجز ، مثل أن يعصب منفعته ، بأن يدعى إنساناً أن هذه الدار في إجارته عاماً ، ويغلب صاحبها عليها ، فإنه لا تجوز إجارته في هذا العام إلا من غاصبها ، أو ممن يقدر على أخذها منه . قال أصحابنا : ولا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك ، إلا أن يؤجر الشريكان معاً . وهذا قول أبي حنيفة ، وزفر ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه ، فلم تصح إجارته كالمعصوب ؛ وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ، ولا ولاية له على مال شريكه . واختار أبو حفص العكبري جواز ذلك . وقد أومأ إليه أحمد ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي يوسف ، ومحمد ؛ لأنه معلوم يجوز بيعه ، فجازت إجارته كالمفرد^(٤٧) ، ولأنه عقد في ملكه ، يجوز مع شريكه ، فجاز مع غيره كالبيع ، ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معاً ، فجاز لأحدهما فعله في نصيبه مفرداً ، كالبيع . ومن نصر الأول فرق بين محل النزاع وبين ما إذا أجره الشريكان ، أو أجره لشريكه ، بأنه يمكن التسليم إلى المستأجر ، فأشبه إجارة المعصوب من غاصبه دون غيره . وإن كانت الدار لواحد ، فأجر نصفها ، صح ؛ لأنه يمكنه تسليمه ، ثم إن أجر نصفها الآخر للمستأجر الأول ، صح ؛ فإنه يمكنه تسليمه إليه ، وإن أجره لغيره ، ففيه وجهان ، بناءً على المسألة التي قبلها ؛ لأنه لا يمكنه تسليم ما أجره إليه . وإن أجر الدار لثنين لكل واحد منهما نصفها ، فكذلك ؛ لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد منهما إليه .

فصل : في إجارة المصحف وجهان ؛ أحدهما ، لا تصح إجارته ، مبنياً على أنه لا يصح بيعه ، وعلة ذلك إجلال كلام الله وكتابه عن المعاوضة به ، وابتداله بالثمن

(٤٦) في زيادة : « فصل » .

(٤٧) في الأصل : « كالفرز » ، وفي م ، « كالفرز » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

في البيع ، والأجر في الإجارة . والثاني ، تجوز إجارته . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه انتفاع مباح ، تجوز / الإعارة من أجله ، فجازت فيه الإجارة ، كسائر الكتب ، فأما سائر الكتب الجائز بيعها ، فتجوز إجارته . ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنها لا تجوز إجارته ؛ لأنه علل منع إجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثر من النظر إليه ، ولا تجوز الإجارة لمثل ذلك ، بدليل أنه لا يجوز أن يستأجر سقفا لينظر إلى عمله ونصاويره ، أو شمعاً ليتجمل به . ولنا ، أنه انتفاع مباح يحتاج إليه ، وتجوز الإعارة له ، فجازت إجارته ، كسائر المنافع . وفارق النظر إلى السقف ؛ فإنه لا حاجة إليه ، ولا جرت العادة بالإعارة من أجله . وفي مسألتنا يحتاج إلى القراءة في الكتب ، والتحفظ منها ، والنسخ والسماع منها والرواية ، وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج إليه .

فصل : ولا تجوز إجارة المسلم للذمي لخدمته . نص عليه أحمد ، في رواية الأثرم ، فقال : إن أجرة نفسه من الذمي في خدمته ، لم يجز ، وإن كان في عمل شيء ، جاز . وهذا أحد قولَي الشافعي ، وقال في الآخر : تجوز ؛ لأنه تجوز له إجارة نفسه في غير الخدمة ، فجاز فيها ، كإجارته من المسلم . ولنا ، أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر ، وإذلاله له ، واستخدامه ، أشبه البيع ، يحققه أن عقد الإجارة للخدمة يتعين فيه حبسه مدة الإجارة واستخدامه ، والبيع لا يتعين فيه ذلك ، فإذا منع منه ، فلأن يمنع من الإجارة أولى . فأما إن أجرة نفسه منه في عمل معين في الذمة ، كخياطة ثوب ، وقصارته ، جاز بغير خلاف نعلمه ؛ لأن علياً رضي الله عنه ، أجرة نفسه من يهودي ، يستقي^(٤٨) له كل دلو بتمرة ، وأخبر النبي ﷺ بذلك ، فلم ينكره^(٤٩) . وكذلك الأنصاري^(٥٠) . ولأنه عقد معاوضة لا يتضمن إذلال المسلم ، ولا استخدام ، أشبه مباحته . وإن أجرة نفسه منه لعمل غير الخدمة ، مدة

(٤٨) ف ب ، م : « يسقى » .

(٤٩) الأول تقدم تخريجه في ٢٠٨/٦ . والثاني في صفحة ٢١ .

مَعْلُومَةٌ ، جازَ أيضا ، في ظاهرِ كلامِ أحمدَ ؛ لقوله ، في رِوَايةِ الأَثَرِمِ : وإن كان في عَمَلِ شَيْءٍ ، جازَ . وَنَقَلَ عَنْهُ أَحْمَدُ بْنُ سَعِيدٍ : لَا بَأْسَ أَنْ يُؤْجَرَ نَفْسَهُ مِنَ الذَّمِّ . وهذا مُطْلَقٌ في تَوْعِي الإِجَارَةِ . وَذَكَرَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا^(٥٠) ، أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ مَنَعُ ذَلِكَ ، وَأَشَارَ إِلَى مَا رَوَاهُ الْأَثَرِمُ ، وَاحْتَجَّ بِأَنَّهُ عَقْدٌ يَتَضَمَّنُ حَبْسَ الْمُسْلِمِ ، أَشْبَهَ الْبَيْعِ . وَالصَّحِيحُ مَا ذَكَرْنَا ، وَكَلَامُ أَحْمَدَ إِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى خِلَافٍ مَا قَالَهُ ، فَإِنَّهُ خَصَّ الْمَنَعَ بِالِإِجَارَةِ لِلْخِدْمَةِ ، وَأَجَازَ إِجَارَتَهُ لِلْعَمَلِ . وَهَذَا إِجَارَةٌ لِلْعَمَلِ . وَيُفَارِقُ الْبَيْعَ ، فَإِنَّ فِيهِ إِبْتِاثَ الْمِلْكِ عَلَى الْمُسْلِمِ ، وَيُفَارِقُ إِجَارَتَهُ لِلْخِدْمَةِ / ، لِتَضَمُّنِهَا الْإِذْلَالَ .

١٢٩/٥ ظ

فصل : نَقَلَ إِبْرَاهِيمُ الْحَرْبِيُّ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَكْتَرِي الدَّيْكَ يُوقِظُهُ لَوَقْتِ الصَّلَاةِ : لَا يَجُوزُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ ذَلِكَ يَقِفُ عَلَى فِعْلِ الدَّيْكَ ، وَلَا يُمَكِّنُ اسْتِخْرَاجَ ذَلِكَ مِنْهُ بِضَرْبٍ وَلَا غَيْرِهِ ، وَقَدْ يَصْبِيحُ ، وَقَدْ لَا يَصْبِيحُ ، وَرَبَّمَا صَاحَ بَعْدَ الْوَقْتِ .

فصل : الْقِسْمُ الرَّابِعُ ، الْقُرْبُ الَّتِي يَخْتَصُّ فاعِلُهَا بِكَوْنِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَةِ ، يَعْنِي أَنَّهُ يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مُسْلِمًا ، كَالْإِمَامَةِ ، وَالْأَذَانِ ، وَالْحَجِّ ، وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَالضُّحَّاكُ بْنُ قَيْسٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالزُّهْرِيُّ . وَكَرِهَ الزُّهْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ تَعْلِيمَ الْقُرْآنِ بِأَجْرِ . وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ شَقِيقٍ : هَذِهِ الرُّغْفُ الَّتِي يَأْخُذُهَا الْمُعَلِّمُونَ مِنَ السُّحْتِ . وَمَنْ كَرِهَ أَجْرَةَ التَّعْلِيمِ^(٥١) مَعَ الشَّرْطِ : الْحَسَنُ ، وَابْنُ سَيَرِينَ ، وَطَاوُسٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، يَجُوزُ ذَلِكَ . حَكَاهَا أَبُو الْخَطَّابِ . وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : التَّعْلِيمُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ يَتَوَكَّلَ لِهَوْلَاءِ السَّلَاطِينِ ، وَمَنْ أَنْ يَتَوَكَّلَ لِرَجُلٍ مِنْ عَامَّةِ النَّاسِ فِي ضَيْعَةٍ ، وَمَنْ أَنْ يَسْتَدِينَ وَيَتَجَرَّ ، لَعَلَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْوَفَاءِ ، فَيَلْقَى اللَّهَ تَعَالَى بِأَمَانَاتٍ النَّاسِ ، التَّعْلِيمُ أَحَبُّ إِلَيَّ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَنَعَهُ مِنْهُ فِي مَوْضِعٍ مَنَعَهُ لِلْكَرَاهَةِ ،

(٥٠) في الأصل : « أصحابه » .

(٥١) في الأصل : « المعلم » .

لِلتَّحْرِيمِ . وَمَنْ أَجَاَزَ ذَلِكَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَرَخَّصَ فِي أَجُورِ الْمُعَلِّمِينَ أَبُو قَلَابَةَ وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُثَنِّرِ ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ زَوَّجَ رَجُلًا بِمَا مَعَهُ مِنَ الْقُرْآنِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥٢) . وَإِذَا جَاَزَ تَعْلِيمُ الْقُرْآنِ عِوَضًا فِي بَابِ النِّكَاحِ ، وَقَامَ مَقَامَ الْمَهْرِ ، جَاَزَ أَخْذُ الْأُجْرَةِ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ ، وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَحَقُّ مَا أَخْذُتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ » . حَدِيثٌ صَحِيحٌ ^(٥٣) . وَبَيَّنَّ أَنَّ أَبَا سَعِيدٍ رَفَى رَجُلًا بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ عَلَى جُعْلٍ فَبَرًّا ، وَأَخَذَ أَصْحَابُهُ الْجُعْلَ ، فَأَتَوْا بِهِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَأَخْبَرُوهُ ، وَسَأَلُوهُ ، فَقَالَ : « لَعَمْرِي لَمَنْ أَكَلَ بِرُقِيَّةٍ بَاطِلٍ ، لَقَدْ أَكَلَتْ بِرُقِيَّةٌ حَقٌّ ، كُلُّوْا وَاضْرِبُوا إِلَى مَعَكُمْ بِسَهْمٍ » ^(٥٤) . وَلِذَا جَاَزَ أَخْذُ الْأَجْرِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ ، وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ أَخْذُ الرُّزْقِ عَلَيْهِ مِنْ

(٥٢) أخرجه البخارى ، فى : باب وكالة المرأة الإمام فى النكاح ، من كتاب الوكالة ، وفى : باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه ، وباب القراءة عن ظهر قلب ، من كتاب فضائل القرآن ، وفى : باب تزويج المعسر ... ، وباب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح ، وباب النظر إلى المرأة قبل التزويج ، وباب إذا كان الولي هو الخاطب ، وباب السلطان ولي ، وباب إذا قال الخاطب للولي زوجنى فلانة ... ، وباب التزويج على القرآن وبغير صداق ، من كتاب النكاح ، وفى : باب خاتم الحديد ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ١٣٢/٣ ، ٢٣٦/٦ ، ٢٣٧ ، ٨/٧ ، ١٧ ، ١٩ ، ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٦ ، ٢٠٢ . ومسلم ، فى : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٤١/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى التزويج على العمل يعمل ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٨٧/١ . والترمذى ، فى : باب مما جاء فى مهوور النساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٣٤/٥ ، ٣٥ . والنسائى ، فى : باب الكلام الذى ينعقد به النكاح ، وباب هبة المرأة نفسها لرجل بغير صداق ، من كتاب النكاح . المجتبى ٧٦/٦ ، ١٠٠ ، ١٠١ . وابن ماجه ، فى : باب صداق النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٨/١ . والدارمى ، فى : باب ما يجوز أن يكون مهرا ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١٤٢/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٣٤/٥ ، ٣٣٦ .

(٥٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩ .

(٥٤) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يعطى فى الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب ، من كتاب الإجارة ، وفى : باب فاتحة الكتاب ، من كتاب فضائل القرآن ، وفى : باب الرق بفاتحة الكتاب ، وباب النفث فى الرقية ، من كتاب الطب . صحيح البخارى ١٢١/٣ ، ٢٣١/٦ ، ١٧٠/٧ ، ١٧٣ . ومسلم ، فى : باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ١٧٢٧/٤ ، ١٧٢٨ . وأبو داود ، فى : باب كسب الأطباء ، من كتاب البيوع ، وفى : باب كيف الرق ، من كتاب الطب . سنن أبى داود ٢٣٧/٢ ، ٢٣٨ ، ٣٤٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أخذ الأجر على التعويد ، من أبواب الطب . عارضة الأحوذى ٢٢٣/٨ . =

يَبْتَ الْمَالِ ، فجاز أخذ الأجر عليه ، كبناء المساجد والقناطر ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فإنه يحتاج إلى الاستئابة في الحج عمن وجب عليه الحج وعجز عن فعله ، ولا يكاد يوجد متبرع بذلك ، فيحتاج إلى بذل الأجر فيه . ووجه الرواية الأولى ، ما روى عثمان بن أبي العاص ، قال : إن آخر ما عهد إلى النبي ﷺ ، أن اتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا . قال الترمذي (٥٥) : هذا حديث حسن . وروى عبادة بن الصامت ، قال : علمت ناسا من أهل الصفة القرآن والكتابة ، فأهدى إلى رجل منهم قوسا ، قال : قلت : قوس وليست بمال . قال : قلت أتقلدها في سبيل الله . فذكرت ذلك للنبي ﷺ . وقص عليه القصة ، قال : « إن سرّك أن يقلدك الله قوسا من نار ، فأقبلها » (٥٦) . وعن أبي بن كعب ، أنه علم رجلا سورة من القرآن ، فأهدى إليه خميصا (٥٧) أو ثوبا ، فذكر ذلك للنبي ﷺ ، فقال : « لو أنك لبستها ، أو أخذتها ، ألبسك الله مكانها ثوبا من نار » (٥٨) . وعن أبي ، قال : كنت أختلف إلى رجل مسن ، قد أصابته علة ، قد احتبس في بيته أقرئه القرآن ، فكان عند فراغه مما أقرئه يقول لجارية له : هلمي بطعام أخى . فيؤتى بطعام لا آكل مثله بالمدينة ، فحاك في نفسه منه

= وابن ماجه ، في : باب أجر الراق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٢٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٣ ، ١٠ ، ٤٤ ، ٨٣ . أما قوله : « لعمري لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق » . فأخرجها أبو داود في قصة الرجل المعتوه ، في : باب كسب الأطباء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٨/٢ . وليست من رواية أبي سعيد .

(٥٥) أخرجه الترمذي ، في : باب في كراهية أن يأخذ على الأذان أجرا ، من أبواب الصلاة . عارضة الأخوذي ١١/٢ . والنسائي ، في : باب اتخاذ المؤذن الذي لا يأخذ على أذانه أجرا ، من كتاب الأذان . المجتبى ٢٠/٢ . وابن ماجه ، في : باب السنة في الأذان ، من كتاب الأذان . سنن ابن ماجه ٢٣٦/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢١٧/٤ .

(٥٦) أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب المعلم ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٧/٢ . وابن ماجه ، في : باب الأجر على تعليم القرآن ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٠/٢ . والحاكم ، في : باب نبى النبي ﷺ أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم ، من كتاب البيوع . المستدرک ٤١/٢ .

(٥٧) الحميصه : ثوب أسود أو أحمر له أعلام . (٥٨) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الأجر على تعليم القرآن ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٠/٢ .

شيء ، فذكرته للنبي ﷺ ، فقال : « إِنْ كَانَ ذَلِكَ الطَّعَامُ طَعَامَهُ وَطَعَامَ أَهْلِهِ ، فَكُلْ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ يُتَحِفُكَ بِهِ ، فَلَا تَأْكُلْهُ » . وعن عبد الرحمن بن شبل الأنصاري ، قال : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « أَقْرَأُوا الْقُرْآنَ ، وَلَا تَعْلُوا فِيهِ ، وَلَا تَجْفُوا عَنْهُ ، وَلَا تَأْكُلُوا بِهِ ، وَلَا تَسْتَكْثِرُوا بِهِ »^(٥٩) . رَوَى هَذِهِ الْأَحَادِيثَ كُلُّهَا الْأَثَرُ^(٦٠) ، فِي « سُنَنِهِ » . وَلَأَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ هَذِهِ الْأَفْعَالِ ، كَوْنُهَا قُرْبَةً إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَجْزُ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهَا ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ قَوْمًا يُصَلُّونَ حَلْفَهُ الْجُمُعَةَ أَوْ التَّرَاوِيحَ . فَأَمَّا الْأَخْذُ عَلَى الرُّقِيَّةِ ، فَإِنَّ أَحْمَدَ اخْتَارَ جَوَازَهُ ، وَقَالَ : لَا بَأْسَ . وَذَكَرَ حَدِيثَ أَبِي سَعِيدٍ . وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا اخْتَلَفَ فِيهِ ، أَنَّ الرُّقِيَّةَ تَوْعُّ مَدَاوِةً ، وَالْمَأْخُوذُ عَلَيْهَا جُعْلٌ ، وَالْمَدَاوِةُ يُبَاحُ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهَا ، وَالْجَعَالَةُ أَوْسَعُ مِنَ الْإِجَارَةِ ، وَهَذَا تَجَوُّزٌ مَعَ جِهَالَةِ الْعَمَلِ وَالْمُدَّةِ . وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ » . يَعْنِي بِهِ الْجُعْلُ أَيْضًا فِي الرُّقِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ ذَلِكَ^(٦١) فِي سِيَاقِ خَبَرِ الرُّقِيَّةِ . وَأَمَّا جَعْلُ التَّعْلِيمِ صَدَاقًا^(٦٢) فَعَنَّهُ فِيهِ^(٦٣) اخْتِلَافٌ ، وَلَيْسَ فِي الْخَبَرِ تَصْرِيحٌ بِأَنَّ التَّعْلِيمَ صَدَاقٌ ، إِنَّمَا قَالَ : « زَوَّجْتُكُمَهَا عَلَى مَا مَعَكُمْ مِنَ الْقُرْآنِ » . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ زَوْجُهُ إِيَّاهَا بِغَيْرِ صَدَاقٍ ، إِكْرَامًا لَهُ ، كَمَا زَوَّجَ أَبَا طَلْحَةَ أُمَّ سُلَيْمٍ عَلَى إِسْلَامِهِ^(٦٤) ، وَثُقِلَ عَنْهُ جَوَازُهُ . وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَهْرِ وَالْأَجْرِ ، أَنَّ الْمَهْرَ لَيْسَ بِعَوَضٍ مَحْضٍ ، وَإِنَّمَا وَجِبَ نَخْلَةُ وَوُصْلَةٌ ، وَهَذَا جَازٌ خُلُوُّ الْعَقْدِ عَنْ تَسْمِيَّتِهِ ، وَصَحَّ مَعَ فَسَادِهِ ، بِخِلَافِ الْأَجْرِ فِي غَيْرِهِ ، فَأَمَّا الرِّزْقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، فَيَجُوزُ عَلَى مَا يَتَعَدَّى نَفْعُهُ مِنْ هَذِهِ الْأُمُورِ ؛ لِأَنَّ بَيْتَ الْمَالِ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِذَا كَانَ بِذَلِكَ لِمَنْ يَتَعَدَّى نَفْعُهُ / إِلَى الْمُسْلِمِينَ مُحْتَاجًا ظ ١٣٠/٥

إِلَيْهِ ، كَانَ مِنَ الْمَصَالِحِ ، وَكَانَ لِلَاخِذِ لَهُ أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِهِ ، وَجَرَى مَجْرَى الْوَقْفِ عَلَى مَنْ يَقُومُ بِهِذِهِ الْمَصَالِحِ ، بِخِلَافِ الْأَجْرِ .

(٥٩) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٢٨/٣ ، ٤٤٤ .

(٦٠) في بزيادة : « بإسناده » .

(٦١) في م زيادة : « أيضا » .

(٦٢ - ٦٣) في ب ، م : « ففيه » .

(٦٣) انظر : الإصابة ٢٢٨/٨ .

فصل : فإن أُعْطِيَ الْمُعَلِّمُ شَيْئًا مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، فظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ جَوَازُهُ . وقال ،
 فيما نَقَلَ عَنْهُ أَيُّوبُ بْنُ سَافَرٍ ^(٦٤) : لَا يُطْلَبُ ، وَلَا يُشَارِطُ ، فَإِنْ أُعْطِيَ شَيْئًا
 أَخَذَهُ . وقال ، فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ سَعِيدٍ : أَكْرَهُ أَجْرَ الْمُعَلِّمِ إِذَا شَرْطَ . وقال : إِذَا كَانَ
 الْمُعَلِّمُ لَا يُشَارِطُ ، وَلَا يُطْلَبُ مِنْ أَحَدٍ شَيْئًا ، إِنْ أَتَاهُ شَيْءٌ قَبْلَهُ . كَأَنَّهُ يَرَاهُ أَهْوَنَ .
 وَكَرِهَهُ ^(٦٥) طَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ حَدِيثِ الْقَوْسِ وَالْحَمِيصَةِ اللَّتَيْنِ
 أُعْطِيَهُمَا أَبِي وَعُبَادَةُ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ . وَلِأَنَّ ذَلِكَ قُرْبَةٌ ، فَلَمْ يَجْزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهَا ،
 لَا بِشَرْطٍ وَلَا بِغَيْرِهِ ، كَالصَّلَاةِ وَالصَّيَامِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَا أَتَاكَ
 مِنْ هَذَا الْمَالِ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ وَلَا إِشْرَافِ نَفْسٍ ، فَخُذْهُ ، وَتَمَوَّلْهُ ؛ فَإِنَّهُ رِزْقُ سَاقِهِ
 اللَّهُ إِلَيْكَ » ^(٦٦) . وَقَدْ أَرَحَّصَ النَّبِيُّ ﷺ لِأَبِي فِي أَكْلِ طَعَامِ الذِّي كَانَ يُعَلِّمُهُ ، إِذَا
 كَانَ طَعَامَهُ وَطَعَامَ أَهْلِهِ . وَلِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ شَرْطٍ ، كَانَ هِبَةً مُجَرَّدَةً ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ
 لَمْ يُعَلِّمُهُ شَيْئًا . فَأَمَّا حَدِيثُ الْقَوْسِ وَالْحَمِيصَةِ ، فَقَضِيَّتَانِ فِي عَيْنٍ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّ النَّبِيَّ
 ﷺ عَلِمَ أَنَّهُمَا فَعَلَا ذَلِكَ لِلَّهِ خَالِصًا ، فَكَرِهَ أَخْذَ الْعَوَضِ عَنْهُ ^(٦٧) مِنْ غَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى .
 وَيَحْتَمِلُ غَيْرَ ذَلِكَ . وَإِنْ أُعْطِيَ الْمُعَلِّمُ أَجْرًا عَلَى تَعْلِيمِ الصَّبِيِّ الْخَطَّ وَحِفْظِهِ ، جَازَ .
 نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِنْ كَانَ الْمُعْطَى يَنْوِي أَنْ يُعْطِيَهُ لِحِفْظِ الصَّبِيِّ وَتَعْلِيمِهِ ، فَأَرْجُو
 إِذَا كَانَ كَذَا . وَلِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَجُوزُ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهِ مُفْرَدًا ، فَجَازَ مَعَ غَيْرِهِ ، كَسَائِرِ
 مَا يَجُوزُ الْاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ . وَهَكَذَا لَوْ كَانَ إِمَامُ الْمَسْجِدِ قِيمًا لَهُ ، يُسَرِّحُ قَنَادِيلَهُ ،
 وَيَكْنُسُهُ ، وَيُعَلِّقُ بَابَهُ وَيَفْتَحُهُ ، فَأَخَذَ أَجْرًا عَلَى خِدْمَتِهِ ، أَوْ كَانَ النَّائِبُ فِي الْحَجِّ يَخْدُمُ

(٦٤) أَيُّوبُ بْنُ إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ سَافَرٍ ، انْتَقَلَ إِلَى الرَّمْلَةِ ، وَحَدَّثَ بِهَا وَبَعَصَرَ ، وَحَدَّثَ بِمَسَائِلَ كَثِيرَةٍ صَالِحَةٍ
 عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، وَتَوَفَّى بِدِمَشْقَ سَنَةَ ثَمَنٍ وَخَمْسِينَ وَمِائَتَيْنِ . طَبَقَاتُ الْخَنَابِلَةِ ١/ ١١٧ ، ١١٨ .

(٦٥) فِي ب ، م ، هـ وَكَرِهَهُ .

(٦٦) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢/ ٢٩٢ ، ٣٢٣ ، ٤٩٠ ، ٢٢١/٤ ، ٦٥/٥ ، ٧٧/٦ ، ٢٥٩ ، ٣٦٧ .

(٦٧) سَقَطَ مِنْ ب .

المُسْتَنْبِلَ فِي طَرِيقِ الْحَجِّ ، وَيَشُدُّهُ ، وَيَرْفَعُ حِمْلَهُ ، وَيُحُجُّ عَنْ أَبِيهِ ، فَدَفَعَ لَهُ أَجْرًا لِيُخْدِمَنِي ، لَمْ يَمْتَنِعْ^(٦٨) ذَلِكَ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وما لَا يَخْتَصُّ فَاعِلُهُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَى ، كَتَعْلِيمِ الْخَطِّ وَالْحِسَابِ وَالشَّعْرِ الْمُبَاحِ ، وَأَشْبَاهِهِ ، وَبِنَاءِ الْمَسَاجِدِ وَالْقَنَاطِرِ ، جَازَ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَقَعُ تَارَةً قُرْبَى ، وَتَارَةً غَيْرَ قُرْبَى ، فَلَمْ يُمْنَعْ مِنَ الْاسْتِئْجَارِ لِغِلْغِلِهِ ، كَحَرَسِ الْأَشْجَارِ ، وَبِنَاءِ الْبُيُوتِ . وَكَذَلِكَ فِي تَعْلِيمِ الْفِقْهِ وَالْحَدِيثِ . وَأَمَّا مَا لَا يَتَعَدَّى نَفْعُهُ فَاعِلَهُ مِنَ الْعِبَادَاتِ الْمَحْضَةِ ، كَالصِّيَامِ ، وَصَلَاةِ الْإِنْسَانِ لِنَفْسِهِ ، وَحُجِّهِ عَنْ نَفْسِهِ ، وَأَدَاءِ زَكَاةِ نَفْسِهِ ، فَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهَا ، بغيرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ الْأَجَرَ عَوَضُ الْإِنْتِفَاعِ ، ١٣١/٥ و لَمْ يَحْصُلْ لغيرِهِ هُنَا اِنْتِفَاعٌ ، فَأَشْبَهَ إِجَارَةَ الْأَعْيَانِ الَّتِي لَا نَفْعَ فِيهَا .

فصل : إِذَا اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْأَجْرِ ، فَقَالَ : أَجْرُ تَنِيهَا سَنَةً بِدِينَارٍ . قَالَ : بِلِ بَدِينَارَيْنِ . تَحَالَفَا ، وَبَيَّنَّا بَيِّنِينَ الْآجِرِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ نَوْعٌ مِنَ الْبَيْعِ ، فَإِذَا تَحَالَفَا قَبْلَ مُضِيِّ شَيْءٍ مِنَ الْمُدَّةِ^(٦٩) فَسَخَا الْعَقْدُ ، وَرَجَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي مَالِهِ . وَإِنْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْآخَرُ ، قَرَّرَ الْعَقْدُ . وَإِنْ فَسَخَا الْعَقْدُ بَعْدَ الْمُدَّةِ أَوْ شَيْءٍ مِنْهَا ، سَقَطَ الْمُسَمَّى وَوَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي الْمَبِيعِ بَعْدَ تَلْفِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَمَلٌ الْعَمَلِ ، وَإِنْ كَانَ عَمَلُهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَجْرِ مِثْلِهِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ فِي الْأَجْرِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِجَارَةَ نَوْعٌ مِنَ الْبَيْعِ ، فَيَتَحَالَفَانِ عِنْدَ اخْتِلَافِهِمَا فِي عَوَضِهَا ، كَالْبَيْعِ ، وَكَأَنَّ قَبْلَ أَنْ يَعْمَلَ الْعَمَلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ

(٦٨) فِي الْأَصْلِ : « يَمْنَعُ » .

(٦٩) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةُ : « ثُمَّ » .

عليه السلام : « إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايعَانِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ » (٧١) . وهذا يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْمُدَّةِ ، وَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْعَوَضِ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْمُدَّةِ ، فَقَالَ : أَجْرْتُكَهَا سَنَةً بِدِينَارٍ . قَالَ : بَلِ سَنَتَيْنِ بِدِينَارَيْنِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيمَا أُنْكَرَهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ بِمِائَةٍ . قَالَ : بَلِ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : أَجْرْتُكَهَا سَنَةً بِدِينَارٍ . قَالَ : بَلِ سَنَتَيْنِ بِدِينَارٍ . فَهُنَا قَدْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْعَوَضِ وَالْمُدَّةِ جَمِيعًا ، فَيَتَحَالَفَانِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الْإِثْفَاقُ مِنْهُمَا عَلَى مُدَّةٍ بِعَوَضٍ ، فَصَارَ كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي الْعَوَضِ مَعَ إِثْفَاقِ الْمُدَّةِ . وَإِنْ قَالَ الْمَالِكُ : أَجْرْتُكَهَا سَنَةً بِدِينَارٍ . فَقَالَ السَّائِكُنُ : بَلِ اسْتَأْجَرْتَنِي عَلَى حِفْظِهَا بِدِينَارٍ . فَقَالَ أَحْمَدُ : الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الدَّارِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ لِلسَّائِكِينَ بَيِّنَةٌ . وَذَلِكَ لِأَنَّ سُكْنَى الدَّارِ قَدْ وَجِدَ مِنَ السَّائِكِينَ ، وَاسْتِيفَاءُ مَنَفَعَتِهَا وَهِيَ مِلْكُ صَاحِبِهَا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي مِلْكِهِ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ اسْتِجَارِ السَّائِكِينَ فِي الْحِفْظِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ يَنْفِيهِ .

فصل : وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي التَّعَدِّي فِي الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ مُؤْتَمَنٌ عَلَيْهَا ، فَأَشْبَهَ الْمُودَعَ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْعُدْوَانِ ، وَالْبَرَاءَةُ مِنَ الضَّمَانِ .

(٧٠) فِي الْأَصْلِ : « مَا قَالَ » .

(٧١) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيْعَانِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٧١/٥ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْبَيْعَانِ يَخْتَلِفَانِ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايعَانِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ ٢٥٠/٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْخِيَارِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُوطَأُ ٦٧١/٢ .

وإن ادَّعى أنَّ العَبْدَ أَبَقَ مِنْ يَدِهِ ، وَأَنَّ الدَّابَّةَ شَرَدَتْ أَوْ نَفَقَتْ ، وَأَنْكَرَ الْمُؤَجِّرُ ، فَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَتَانِ ؛ / إِحْدَاهُمَا ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا ، وَلَا أُجْرَ عَلَيْهِ إِذَا حَلَفَ أَنَّهُ مَا انْتَفَعَ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِنْتِفَاعِ . وَالثَّانِيَةِ ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُؤَجِّرِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ السَّلَامَةُ . فَأَمَّا إِنْ ادَّعى أَنَّ الْعَبْدَ مَرَضَ فِي يَدِهِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ جَاءَ بِهِ صَحِيحًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ، سِوَاءِ وَافَقَهُ الْعَبْدُ أَوْ خَالَفَهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَإِنْ جَاءَ بِهِ مَرِيضًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَاءَ بِهِ صَحِيحًا فَقَدْ ادَّعى مَا يُخَالِفُ الْأَصْلَ ، وَلَيْسَ مَعَهُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ ^(٧٢) ، وَإِنْ جَاءَ بِهِ مَرِيضًا ، فَقَدْ وَجَدَ مَا يُخَالِفُ الْأَصْلَ يَقِينًا ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي مَدَّةِ الْمَرَضِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمَ بِذَلِكَ ، لِكُونِهِ فِي يَدِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ ادَّعى إِبَاقَهُ فِي حَالِ إِبَاقِهِ ، أَوْ جَاءَ بِهِ غَيْرَ آبِقٍ . وَنَقَلَ إِسْحَاقُ ابْنَ مَنْصُورٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَقْبَلُ قَوْلَهُ فِي إِبَاقِ الْعَبْدِ ، دُونَ مَرَضِهِ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَبِالْأَوَّلِ أَقُولُ ؛ لِأَنَّهُمَا سِوَاءٌ فِي تَقْوِيَةِ مَنَفَعَتِهِ ، فَكَانَا سِوَاءً فِي دَعْوَى ذَلِكَ . وَإِنْ هَلَكَتِ الْعَيْنُ ، فَاخْتَلَفَا فِي وَقْتِ ^(٧٣) هَلَاكِهَا ، أَوْ أَبَقَ الْعَبْدُ ، أَوْ مَرَضَ ، فَاخْتَلَفَا فِي وَقْتِ ذَلِكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْعَمَلِ وَلَئِنْ ذَلِكَ حَصَلَ فِي يَدِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِهِ .

فصل : إِذَا دَفَعَ ثَوْبُهُ إِلَى خِيَّاطٍ أَوْ قَصَّارٍ ، لِيَخِيْطَهُ أَوْ يَقْصُرَهُ ، مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ وَلَا شَرْطٍ ، وَلَا تَعْوِيْضٍ بِأَجْرٍ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : خُذْ هَذَا فَاغْمِلْهُ ، وَأَنَا أَعْلَمُ أَنَّكَ إِنَّمَا تَعْمَلُ بِأَجْرٍ . وَكَانَ الْخِيَّاطُ وَالْقَصَّارُ مُتَنَصِّبَيْنِ لَذَلِكَ ، فَفَعَلَا ذَلِكَ ، ^(٧٣) فَلَهُمَا الْأَجْرُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا أَجْرَ لَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا فَعَلَا ذَلِكَ ^(٧٣) مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ جُعِلَ لَهُمَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْتَبَّرَ عَابِعْمَلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعُرْفَ الْجَارِيَّ بِذَلِكَ يَقُومُ مَقَامَ الْقَوْلِ ، فَصَارَ كَنَقْدِ الْبَلَدِ ، وَكَأَلَا دَخَلَ حَمَامًا ، أَوْ جَلَسَ فِي سَفِينَةٍ مَعَ مَلَّاحٍ ، وَلَئِنْ شَاهَدَ الْحَالُ يَقْتَضِيهِ ، فَصَارَ كَالْتَعْوِيْضِ . فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَكُونَا مُتَنَصِّبَيْنِ لَذَلِكَ ، لَمْ يَسْتَحِقَّا أَجْرًا

(٧٢) سقط من : الأصل .

(٧٣ - ٧٣) سقط من الأصل . نقل نظر .

إِلَّا بِعَقْدٍ ، أَوْ شَرْطِ الْعَوَضِ ، أَوْ تَغْوِيضٍ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْرِ عَرْفٌ يَقُومُ مَقَامَ الْعَقْدِ ، فَصَارَ كَالْوَبَرِّعِ بِهِ ، أَوْ عَمَلِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ مَالِكِهِ . وَلَوْ دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى رَجُلٍ لِيَبِيعَهُ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ ^(٧٤) كَالْحُكْمِ فِي الْقَصَارِ ^(٧٥) وَالْحَيَّاطِ ، إِنْ كَانَ مُنْتَصِبًا يَبِيعُ لِلنَّاسِ بِأَجْرِ ، فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، فَلَا شَيْءَ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَمتى دَفَعَ ثَوْبَهُ إِلَى أَحَدٍ هَوْلًا ، وَلَمْ يَقَاطِعْهُ عَلَى أَجْرِ ، فَلَهُ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الثَّيَابَ تَخْتَلِفُ أَجْرُتُهَا ، وَلَمْ يُعَيَّنْ شَيْئًا ، فَجَرَى مَجْرَى الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ . فَإِنْ تَلَفَ الثَّوْبُ مِنْ حِرْزِهِ ، أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يُضْمَنُ فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ ، لَا يُضْمَنُ فِي فَاسِدِهِ . وَإِنْ تَلَفَ / ^(٧٥) مِنْ فِعْلِهِ ، بِتَخْرِيقِهِ أَوْ دَقِّهِ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا ضَمِنَهُ بِذَلِكَ فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ ، فَفِي الْفَاسِدِ أَوْلَى . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى قَصَّارٍ لِيَقْصِرَهُ ، وَلَمْ يَقْطَعْ لَهُ أَجْرًا ، بَلْ قَالَ : أَنَا أُعْطِيكَ كَمَا تُعْطَى . وَهَلَكَ الثَّوْبُ ، فَإِنْ كَانَ بِخَرْقٍ أَوْ نَحْوِهِ مِمَّا لَا تَجْنِيهِ يَدُهُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، بَيْنَ الْكِرَاءِ أَوْ لَمْ يُبَيَّنْ ، وَالْعِلَّةُ فِي ذَلِكَ مَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : إِذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَحْمِلَ لَهُ كِتَابًا إِلَى مَكَّةَ أَوْ غَيْرِهَا ، إِلَى صَاحِبِهِ لَهُ ، فَحَمَلَهُ ، فَوَجَدَ صَاحِبَهُ غَائِبًا ، فَرَدَّهُ ، اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ بِحَمْلِهِ فِي الدَّهَابِ وَالرَّدِّ ؛ لِأَنَّهُ حَمَلَهُ فِي الدَّهَابِ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ صَرِيحًا ، وَفِي الرَّدِّ تَضْمِينًا ، لِأَنَّ تَقْدِيرَ كَلَامِهِ : وَإِنْ لَمْ تَجِدْ صَاحِبَهُ فَرَدَّهُ . إِذْ لَيْسَ سِوَى رَدِّهِ إِلَّا تَضْمِينُهُ . فَقَدْ عَلِمَ أَنَّهُ لَا يَرْضَى تَضْمِينَهُ ، فَتَعَيَّنَ رَدُّهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٧٤ - ٧٤) فِي الْأَصْلِ : « كَالْقَصَارِ » .

(٧٥) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « الثَّوْبِ » .

كتاب إحياء المَوَاتِ

المَوَاتُ : هو الأرضُ الخَرَابُ الدَّارِسَةُ ، تُسَمَّى مَيِّتَةً وَمَوَاتًا وَمَوَاتًا ، يَفْتَحُ المَيِّمِ والواوِ ، والمُوتَانُ ، بِضَمِّ المَيِّمِ وسُكُونِ الواوِ : المَوْتُ الذَّرِيعُ . وَرَجُلٌ مَوْتَانُ القَلْبِ ، يَفْتَحُ المَيِّمِ وسُكُونِ الواوِ ، يَعْنِي : أَعْمَى القَلْبَ ، لَا يَفْهَمُ . والأَصْلُ فِي إحياءِ الأرضِ ، مَا رَوَى جَابِرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ »^(١) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ^(٢) صَحِيحٌ . وَرَوَى سَعِيدُ بْنُ زَيْدٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ ، وَلَيْسَ لِعِرْقِي ظَلَمٍ حَقٌّ »^(٣) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ ، وَرَوَى مَالِكٌ ، فِي « مُوطِئِهِ » ، وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي « سُنَنِهِ » عَنْ عَائِشَةَ مِثْلَهُ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ بَرٍّ ، وَهُوَ مُسْنَدٌ صَحِيحٌ ، مُتَلَقًى بِالقَبُولِ عِنْدَ فُقَهَاءِ المَدِينَةِ وَغَيْرِهِمْ . وَرَوَى أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي « الأَمْوَالِ »^(٤) عَنْ عَائِشَةَ ، قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا » . قَالَ عُرْوَةُ : وَقَضَى^(٥) بِذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الحَطَّابِ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، فِي خِلَافَتِهِ . وَعَامَّةُ فُقَهَاءِ الأَمْصَارِ عَلَى أَنَّ المَوَاتَ يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي شُرُوطِهِ .

(١) أخرجه البخاري تعليقا ، في : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخاري ١٣٩/٣ ، ١٤٠ . والتِّرْمِذِيُّ ، في : باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ١٤٩/٦ . والدارمي ، في : باب من أحيا أرضا ميتة فهي له ، من كتاب البيوع ٢٦٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٣٨/٣ ، ٣٨١ .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) تقدم تخريجه في : ٥٥٨/٦ .

(٤) في باب : إحياء الأرضين واحتجارها ... ، الأموال ٢٨٦ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخاري ١٤٠/٣ ، والإمام مالك ، في : باب القضاء في عمارة الموات ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٤٣/٢ مرسلا . والبيهقي ، في : باب من أحيا أرضا ميتة ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤١/٦ .

(٥) سقطت الواو من : ب ، م .

٩١٣ - مسألة ؛ قال أبو القاسم : (وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَمْ تُمْلِكْ ، فَهِيَ لَهُ)

وجملته أن المَوَاتِ قِسْمَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، ما لم يَجْرِ عليه مِلْكٌ لِأَحَدٍ ، ولم يُوجَدْ فيه أثرُ عِمَارَةٍ ، فهذا يُمْلِكُ بالإحْيَاءِ^(١) ، بغيرِ خِلَافٍ بين القائلين بالإحْيَاءِ . والأخبارُ التي رَوَيْنَاهَا مُتَنَاولَةٌ له . القسم الثاني ، ما جَرَى عليه مِلْكُ مَالِكٍ ، وهو ثلاثة أنواعٍ ؛ أَحَدُهَا ؛ مَالُهُ مَالِكٌ مُعَيَّنٌ ، وهو ضَرْبانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، ما مِلِكَ بِشِرَاءٍ أو عَطِيَّةٍ ، فهذا لا يُمْلِكُ بالإحْيَاءِ ، بغيرِ خِلَافٍ . قال / ابنُ عبدِ البرِّ : أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ على أن ما عُرِفَ بِمِلْكِ مَالِكٍ^(٢) غيرِ مُنْقَطِعٍ ، أَنَّهُ لا يَجُوزُ إِحْيَاؤُهُ لِأَحَدٍ غَيْرِ أَرْبَابِهِ . الثاني ، ما مِلِكَ بالإحْيَاءِ ، ثم تَرَكَ حتى دَنَرْتُ^(٣) وعَادَ مَوَاتًا ، فهو كالذي قَبْلَهُ سواءً . وقال مَالِكٌ : يُمْلِكُ هَذَا ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ »^(٤) . ولأنَّ أَصْلَ هَذِهِ الْأَرْضِ مُبَاحٌ ، فَإِذَا تَرَكَتْ^(٥) حتى تَصِيرَ مَوَاتًا عَادَتْ إلى الإِبَاحَةِ ، كَمَنْ أَخَذَ مَاءً مِنْ نَهْرٍ ثُمَّ رَدَّهُ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ أَرْضٌ يُعْرَفُ مَالِكُهَا ، فَلَمْ تُمْلِكْ بالإحْيَاءِ ، كَالَّتِي مُلِكَتْ بِشِرَاءٍ أو عَطِيَّةٍ ، وَالْحَبْرُ مُقَيَّدٌ بِغَيْرِ الْمَمْلُوكِ ، بِقَوْلِهِ فِي الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ » . وَقَوْلُهُ : « فِي غَيْرِ حَقٍّ مُسْلِمٍ » . وَهَذَا يُوجِبُ تَقْيِيدَ مُطْلَقِ حَدِيثِهِ . وَقَالَ هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ ، فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » : الْعِرْقُ^(٦) الظَّالِمُ أَنْ يَأْتِيَ الرَّجُلُ الْأَرْضَ الْمَيْتَةَ لَغَيْرِهِ ، فَيَغْرِسَ فِيهَا . ذَكَرَهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي « سُنَنِهِ » . ثُمَّ الْحَدِيثُ مَخْصُوصٌ بِمَا مِلِكَ بِشِرَاءٍ أو عَطِيَّةٍ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « بِالْأَخْذِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « دَبَرٌ » .

(٤) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ١٤٥ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « تَرَكَهُ » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

فَنَقِيسُ عَلَيْهِ مَحَلَّ التَّزَاعِ . وَلَأَنَّ سَائِرَ الْأَمْوَالِ لَا يَزُولُ الْمِلْكُ عَنْهَا بِالتَّرَكِّ ، بِدَلِيلِ سَائِرِ الْأَمْلَاكِ إِذَا تَرَكْتَ حَتَّى تَشْعُتْ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْطَلُ بِالْمَوَاتِ إِذَا أَحْيَاهُ إِنْسَانٌ ثُمَّ بَاعَهُ ، فَتَرَكَهُ الْمُشْتَرِي حَتَّى عَادَ مَوَاتًا ، وَبِاللُّقْطَةِ إِذَا مَلَكَهَا ثُمَّ ضَاعَتْ مِنْهُ ، وَيُخَالِفُ مَاءَ النَّهْرِ ، فَإِنَّهُ اسْتَهْلَكَ . النَّوْعُ الثَّانِي ، مَا يُوجَدُ فِيهِ آثَارُ مِلْكٍ قَدِيمٍ جَاهِلِيٍّ ، كَأَثَارِ الرُّومِ ، وَمَسَاكِينِ ثُمُودَ ، وَنَحْوِهَا ، فَهَذَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْمِلْكَ لَا حُرْمَةَ لَهُ . وَقَدَرُوا عَنْ طَاوُسٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « عَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هُوَ بَعْدُ لَكُمْ » . رَوَاهُ سَعِيدُ (٧) بْنِ مَنْصُورٍ (٧) ، فِي « سُنَنِ » ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، فِي « الْأَمْوَالِ » (٨) . وَقَالَ : عَادِي الْأَرْضِ : الَّتِي كَانَ بِهَا سَاكِنٌ فِي آبَادِ الدَّهْرِ ، فَانْقَرَضُوا ، فَلَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أُنَيْسٌ ، وَإِنَّمَا نَسَبُهَا إِلَى عَادٍ ، لِأَنَّهُمْ كَانُوا مَعَ تَقْدِيمِهِمْ ذَوِي قُوَّةٍ وَبَطْشٍ وَأَثَارٍ كَثِيرَةٍ ، فَنُسِبَ كُلُّ أَثَرٍ قَدِيمٍ إِلَيْهِمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ كُلَّ مَا فِيهِ أَثَرُ الْمِلْكِ ، وَلَمْ يُعْلَمْ زَوَالُهُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ ، أَنَّهُ لَا يُمْلِكُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ أَخَذُوهُ عَامِرًا ، فَاسْتَحَقُّوه ، فَصَارَ مَوْقُوفًا بِوَقْفِ عَمَرٍ لَهُ ، فَلَمْ يُمْلِكْ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ مَالِكُهُ . النَّوْعُ الثَّلَاثُ ، مَا جَرَى عَلَيْهِ الْمِلْكُ فِي الْإِسْلَامِ لِمُسْلِمٍ ، أَوْ ذِمِّيٍّ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهَا لَا تُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَائِيْنِ عَنْ أَحْمَدَ ، نَقَلَهَا عَنْهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَأَبُو الْحَارِثِ ، وَيَوْسُفُ بْنُ مُوسَى ؛ لَمَّا رَوَى كَثِيرٌ مِنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَوْفٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، يَقُولُ : « مَنْ أَحْيَا / أَرْضًا مَوَاتًا ، ١٣٣/٥ فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ » (٩) . فَقَيَّدَهُ بِكَوْنِهِ فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ . وَلَأَنَّ هَذِهِ الْأَرْضَ لَهَا مَالِكٌ ، فَلَمْ يَجْزِ إِحْيَاؤُهَا ، كَمَا لَوْ كَانَ مُعَيَّنًا ، فَإِنَّ مَالِكَهَا إِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ فَهِيَ لَهُمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ ، وَرَثَتُهَا الْمُسْلِمُونَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّهَا تُمْلِكُ

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) أخرجه أبو عبيد ، في : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين في إقطاعها ... ، الأموال ٢٧٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب لا يترك ذمي بيمينه ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤٣/٦ .

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحर्थ . صحيح البخاري ١٣٩/٣ ، ١٤٠ .

والبيهقي ، في : باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤٢/٦ .

بالإخياء . نَقَلَهَا صَالِحٌ وَغَيْرُهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ؛ لِغُمُومِ الْأَخْبَارِ ،
وَلَأَنَّهَا أَرْضُ مَوَاتٍ ، لَا حَقَّ فِيهَا لِقَوْمٍ بِأَغْيَانِهِمْ ، أَشْبَهَتْ مَا لَمْ يَجْرِ عَلَيْهِ مِلْكُ مَالِكٍ ،
وَلَأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَهِيَ كُلْقُطَةٌ دَارِ الْإِسْلَامِ ، وَإِنْ كَانَتْ فِي دَارِ الْكُفْرِ ،
فَهِيَ كَالرُّكَازِ .

فصل : وَلَا فَرْقَ فِيمَا ذَكَّرْنَا بَيْنَ دَارِ الْحَرْبِ وَدَارِ الْإِسْلَامِ ؛ لِغُمُومِ الْأَخْبَارِ ،
وَلَأَنَّ عَامِرَ دَارِ الْحَرْبِ إِنَّمَا يُمْلِكُ بِالْقَهْرِ وَالْعَلَبَةِ ، كَسَائِرِ أُمُورِهِمْ ، فَأَمَّا مَا عُرِفَ أَنَّهُ
كَانَ مَمْلُوكًا ، وَلَمْ يُعْلَمْ لَهُ مَالِكٌ مُعَيَّنٌ ، فَهُوَ عَلَى الرَّوَائِثَيْنِ . فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا مِلْكُ كَافِرٍ
غَيْرُ مُحْتَرَمٍ ، فَأَشْبَهَ دِيَارَ عَادٍ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « عَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ
وَلِرَسُولِهِ » . وَلَأَنَّ الرُّكَازَ مِنْ أُمُورِهِمْ ، وَيَمْلِكُهُ وَاجِدُهُ ، فَهَذَا أَوْلَى . قُلْنَا : قَوْلُهُ :
« عَادِي الْأَرْضِ » . يَعْنِي مَا تَقَدَّمَ مِلْكُهُ ، وَمَضَتْ عَلَيْهِ الْأَزْمَانُ ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ
فَلَا حُكْمَ لِلْمَالِكِ . فَأَمَّا مَا قُرِبَ مِلْكُهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لِمَالِكًا بَاقِيًا ، وَإِنْ لَمْ يَتَّعَيَّنْ ، فَلِهَذَا
قُلْنَا : لَا يُمْلِكُ . عَلَى إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ . وَأَمَّا الرُّكَازُ ، فَإِنَّهُ يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ ، وَهَذَا
بِخِلَافِ (١٠) الْأَرْضِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ لُقُطَةَ دَارِ الْإِسْلَامِ تُمْلِكُ بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، بِخِلَافِ
الْأَرْضِ .

فصل : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ فِي الْإِخْيَاءِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ،
وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَمْلِكُ الذَّمِّيُّ بِالْإِخْيَاءِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . قَالَ الْقَاضِي :
وَهُوَ مَذْهَبُ جَمَاعَةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَوْتَانِ الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ،
ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنْنِي » (١١) . فَجَمَعَ الْمَوْتَانِ ، وَجَعَلَهُ (١٢) لِلْمُسْلِمِينَ . وَلَأَنَّ مَوْتَانِ الدَّارِ
مِنْ حُقُوقِهَا ، وَالدَّارُ لِلْمُسْلِمِينَ ، فَكَانَ مَوَاتُهَا لَهُمْ ، كَمَرَافِقِ الْمَمْلُوكِ . وَلَنَا ، غُمُومٌ

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « يَخَالِفُ » .

(١١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَتْرَكَ ذِمِّيَّ بِيَحْيِهِ ... ، مِنْ كِتَابِ إِخْيَاءِ الْمَوَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٤٣/٦ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « ثُمَّ جَعَلَهُ » .

قول النبي ﷺ: « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ ». ولأن هذه جهة من جهات التملك ، فاشترك فيها المسلم والذمي ، كسائر جهاته . وحديثهم لا يعرفه ، إنما نعرف قوله : « عَادَى الْأَرْضَ اللَّهُ وَلِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هُوَ لَكُمْ يَغْدُ ، وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا مِنَ الْأَرْضِ ، فَلَهُ دَفْنُهَا »^(١٣) . هكذا رواه سعيّد بن منصور ، وهو مرسل ، رواه طاووس ، عن النبي ﷺ . ثم لا يمتنع أن يريد بقوله : « هِيَ لَكُمْ » . أى لأهل دار الإسلام ، والذمي من / أهل الدار ، تجرى عليه أحكامها . وقولهم : إنها من حقوق دار^(١٤) الإسلام . قلنا : وهو من أهل الدار ، فيملكها^(١٥) ، كما يملكها بالشراء ، ويملك مباحاتها ، من الحشيش والحطب والصيود والركاز والمعدن واللقطه ، وهى من مرافق دار الإسلام .

فصل : وما قرب من العامر ، وتعلق بمصالحه ، من طرقه ، ومسيل مائه ، ومطرح قمامته ، وملقى ثرابه وآلاته ، فلا يجوز إحياءه ، بغير خلاف في المذهب . وكذلك ما تعلق بمصالح القرية ، كفنائها ، ومرعى ماشيتها ، ومحتطبها ، وطرقها ، ومسيل مائه ، لا يملك بالإحياء . ولا تعلم فيه أيضا خلافا بين أهل العلم . وكذلك حريم البئر والنهر والعين ، وكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه ؛ لقوله عليه السلام : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ » . مفهومة أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالإحياء ، ولأنه تابع للمملوك ، ولو جوزنا إحياءه ، لبطل الملك في العامر على أهله . وذكر القاضي أن هذه المرافق لا يملكها المخبي بالإحياء ، لكن هو أحق بها من غيره ؛ لأن الإحياء الذى هو سبب الملك لم يوجد فيها . وقال الشافعي : يملك بذلك . وهو ظاهر قول الخرقي في حريم البئر ؛ لأنه مكان استحققه بالإحياء ، فملكه ، كالمخبي ، ولأن معنى الملك موجود فيه ، لأنه يدخل مع الدار في البئع ، ويختص به صاحبها . فأما ما قرب من العامر ، ولم يتعلق

(١٣) في ب ، م : « رقيتها » .

(١٤) سقط من : ب ، م .

(١٥) في ب ، م : « فيملكها » .

بِمَصَالِحِهِ ، ففیه رَوَاتَانِ ؛ إحداهما ، يجوزُ إحياءُوه . قال أحمدُ ، في رِوَايَةٍ أَيْ الصَّغِيرِ ،
 في رَجُلَيْنِ أَحْيَا قِطْعَتَيْنِ من مَوَاتٍ ، وَبَقِيَتْ بَيْنَهُمَا رُقْعَةٌ ، فجاءَ رَجُلٌ لِيُحْيِيَهَا ، فليس
 لهما منعه . وقال في جَبَانَةٍ بين قَرَيْتَيْنِ : مَنْ أَحْيَاها ، فهي له . وهذا مذهبُ الشافعي ؛
 لِعُمومِ قولِهِ عليه السلامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » . ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالَ
 ابنِ الحَارِثِ الْمُزْنِيَّ الْعَقِيقَ ^(١٦) ، وهو يَعْلَمُ أَنَّهُ بين عِمَارَةِ المَدِينَةِ . ولأنَّهُ مَوَاتٌ لم
 يَتَعَلَّقْ بِهِ ^(١٧) مَصْلَحَةُ العَامِرِ ، فجازَ إحياءُوه ، كالْبَعِيدِ . والرواية الثانية ، لا يجوزُ
 إحياءُوه . وبه قال أبو حنيفة ، والليثُ ؛ لأنَّهُ في مَظَنَّةٍ تَعَلَّقَ المَصْلَحَةُ بِهِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ
 أَنْ يَحْتَاجَ إِلَى فَتْحِ بابٍ في حَائِطِهِ إِلَى فَنَائِهِ ، وَيَجْعَلَهُ طَرِيقًا ، أَوْ يَخْرَبَ حَائِطُهُ ، فيَضَعُ
 آلاَتِ البِنَاءِ في فَنَائِهِ ، وغير ذلك ، ولم يَجُزْ تَقْوِيَتُ ذلك عليه ، بخِلَافِ البَعِيدِ . إذا
 ثَبَتَ هذا ، فَإِنَّهُ لا حَدَّ يَفْصِلُ بين القَرِيبِ والبَعِيدِ سِوَى العُرْفِ . وقال الليثُ : حَدُّهُ
 غُلُوَّةٌ ، وهي خُمُسُ الفَرَسِخِ . وقال أبو حنيفة : حَدُّ البَعِيدِ هو/الذي إذا وَقَفَ الرَّجُلُ
 في أَذْنَاهُ ، فصاحَ بأعلى صَوْتِهِ ، لم يَسْمَعْ أَذُنَى أَهْلِ المِصْرِ إِلَيْهِ . ولنا ، أَنَّ التَّحْدِيدَ
 لا يُعْرَفُ إِلَّا بالتَّوْقِيفِ ، ولا يُعْرَفُ بالرَّأْيِ والتَّحْكُمِ ، ولم يَرِدْ من الشَّرْعِ في ذلك ^(١٨)
 تَحْدِيدٌ ، فَوَجَبَ أَنْ يَرْجَعَ في ذلك إلى العُرْفِ ، كالقَبْضِ والإِخْرَازِ . وقولُ مَنْ حَدَّدَ
 هَذَا تَحْكُمُ بغير دَلِيلٍ ، وليس ذلك أَوْلَى من تَحْدِيدِهِ بِشَيْءٍ آخَرَ ، كِمِيلٍ ونَصْفِ مِيلٍ ،
 ونحو ذلك . وهذا التَّحْدِيدُ الذي ذَكَرَاهُ - والله أعلم - مُخْتَصٌّ بِما قَرَّبَ من المِصْرِ
 أو القَرْيَةِ ، ولا يجوزُ أَنْ يَكُونَ حَدُّ الكُلِّ ما قَرَّبَ من عَامِرٍ ، لأنَّهُ يُفْضَى إلى أَنَّ مَنْ أَحْيَا
 أَرْضًا في مَوَاتٍ ، حَرَّمَ إحياءُ شَيْءٍ من ذلك المَوَاتِ على غَيْرِهِ ، ما لم يَخْرُجْ عن ذلك
 الحَدِّ .

و ١٣٤/٥

فصل : وَجَمِيعُ البِلَادِ فيما ذَكَرْنَاهُ سِوَاءَ ، المَفْتُوحُ عَنوةً كأَرْضِ الشَّامِ

(١٦) انظر ما تقدم في : ٢٤٠/٤ ، ٢٤١ . وما يأتي في صفحة ١٥٣ .

(١٧) في الأصل زيادة : « حق » .

(١٨) في ب ، م : « لذلك » .

والعِراقِ ، وما أَسْلَمَ أَهْلُهُ^(١٩) عليه كَالْمَدِينَةِ ، وما صُولِحَ أَهْلُهُ على أَنَّ الْأَرْضَ لِلْمُسْلِمِينَ كَأَرْضِ خَيْبَرَ ، إِلَّا الَّذِي صُولِحَ أَهْلُهُ على أَنَّ الْأَرْضَ لَهُمْ وَلَنَا الْخَرَاجُ عَنْهَا ، فَإِنْ أَصْحَابُنَا قَالُوا : لو دَخَلَ فِيهَا^(٢٠) مُسْلِمٌ ، فَأَخِيَا فِيهَا مَوَاتًا ، لم يَمْلِكْهُ ؛ لَأَنَّهُمْ صُولِحُوا فِي بِلَادِهِمْ ، فلا يَجُوزُ التَّعَرُّضُ لشيءٍ مِنْهَا ، عَامِرًا كَانَ أَوْ مَوَاتًا ، لَأَنَّ الْمَوَاتَ تَابِعٌ لِلْبَلَدِ ، فإذا لم يَمْلِكْ عَلَيْهِمُ الْبَلَدُ لم يَمْلِكْ مَوَاتَهُ . ويُفَارِقُ دَارَ الْحَرْبِ ، حيث يَمْلِكُ مَوَاتُهَا ؛ لَأَنَّ دَارَ الْحَرْبِ على أَصْلِ الْإِبَاحَةِ ، وهذه صَلَاحَتُهُمْ على تَرْكِهَا لَهُمْ ، فَحَرِّمَتْ عَلَيْنَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَهَا مَنْ أَحْيَاها ؛ لِغُيُومِ الْخَبَرِ ، ولَأَنَّهَا مِنْ مُبَاحَاتِ دَارِهِمْ ، فَجَازَ أَنْ يَمْلِكَهَا مَنْ وَجَدَ مِنْهُ سَبَبٌ تَمْلِكُهَا ، كَالْحَشِيشِ وَالْحَطَبِ . وقد رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَيْسَ فِي السَّوَادِ مَوَاتٌ . يَعْنِي سَوَادَ الْعِرَاقِ . قال القَاضِي : هذا مَحْمُولٌ على الْعَامِرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ أَحْمَدَ قال ذلك ، لِكَوْنِ السَّوَادِ كَانَ مَعْمُورًا كُلَّهُ فِي زَمَنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، وَحِينَ أَخَذَهُ الْمُسْلِمُونَ مِنَ الْكُفَّارِ ، حَتَّى بَلَغْنَا أَنَّ رَجُلًا مِنْهُمْ سَأَلَ أَنْ يُعْطَى خَرِيبَةٌ ، فلم يَجِدُوا لَهُ خَرِيبَةً . فقال : إِنَّمَا أَرَدْتُ أَنْ أُعْلِمَكُمُ كَيْفَ أَخَذْتُمُوهَا مِنَّا . وإذا لم يَكُنْ فِيهَا مَوَاتٌ حِينَ مَلَكَهَا الْمُسْلِمُونَ ، لم يَصِرْ فِيهَا مَوَاتٌ بَعْدَهُ ، لَأَنَّ مَا دَثَرَ^(٢١) مِنْ أَمْلاكِ الْمُسْلِمِينَ لم يَصِرْ مَوَاتًا ، على إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ .

فصل : وَإِنْ تَحَجَّرَ رَجُلٌ^(٢٢) مَوَاتًا ، وَهُوَ أَنْ يَشْرَعَ فِي إِحْيَائِهِ ، مثلُ إِنْ أَدَارَ حَوْلَ الْأَرْضِ تَرَابًا أَوْ أَحْجَارًا ، أَوْ حَاطَهَا بِحَائِطٍ صَغِيرٍ^(٢٣) ، لم يَمْلِكْهَا بِذَلِكَ ؛ لَأَنَّ الْمِلْكَ بِالْإِحْيَاءِ ، وَلَيْسَ هَذَا بِإِحْيَاءٍ ، لَكِنْ يَصِيرُ أَحَقُّ النَّاسِ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ / أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ^(٢٣) أَحَقُّ بِهِ^(٢٣) » . رَوَاهُ ١٣٤/٥ ظ

(١٩) سقط من : ب ، م .

(٢٠) في الأصل : « إلها » .

(٢١) في الأصل : « دبر » .

(٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٣ - ٢٣) في الأصل : « له » .

حَقٌّ . وكذلك قوله : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . وَرَوَى سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ - يَعْنِي مَنْ تَحَجَّرَ أَرْضًا - فَعَطَّلَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَعَمَرُوهَا ، فَهَمَّ أَحَقُّ بِهَا . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَنْ عَمَرَهَا قَبْلَ ثَلَاثِ سِنِينَ لَا يَمْلِكُهَا ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَ أَحْيَا فِي حَقِّ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ ، كَمَا لَوْ أَحْيَا مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَصَالِحُ مَلِكٍ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ حَقَّ الْمُتَحَجِّرِ أَسْبَقُ ، فَكَانَ أَوْلَى ، كَحَقِّ الشَّفِيعِ يُقَدِّمُ عَلَى شِرَاءِ الْمُشْتَرَى . فَإِنْ طَالَتِ الْمُدَّةُ عَلَيْهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ لَهُ السُّلْطَانُ : إِمَّا أَنْ تُحْيِيَهُ ، أَوْ تُتْرَكَ لِيُحْيِيَهُ غَيْرُكَ . لِأَنَّهُ ضَيِّقٌ عَلَى النَّاسِ فِي حَقِّ مُشْتَرِكٍ بَيْنَهُمْ ، فَلَمْ يُمْكِنْ مِنْ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ فِي طَرِيقِ ضَيْقٍ ، أَوْ مَشْرَعَةِ مَاءٍ ، أَوْ مَعْدِنٍ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ^(٢٨) ، وَلَا يَدْعُ غَيْرُهُ يَنْتَفِعُ . فَإِنْ سَأَلَ الْإِمَهَالَ لِعُذْرِهِ ، أَمَهَلَ الشَّهْرَ وَالشَّهْرَيْنِ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ . فَإِنْ أَحْيَاهُ غَيْرُهُ فِي مُدَّةِ الْمُهْلَةِ ؛ فَفِيهِ الرَّجْهَانِ اللَّذَانِ ذَكَرْنَاهُمَا . وَإِنْ تَقَضَّتِ الْمُدَّةُ وَلَمْ يُعَمَّرْ ، فَلِغَيْرِهِ أَنْ يُعَمَّرَ وَيَمْلِكَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ ضَرَبَتْ لَهُ لِيَنْقَطِعَ حَقُّهُ بِمُضِيِّهَا ، وَسَوَاءٌ أَذِنَ لَهُ السُّلْطَانُ فِي عِمَارَتِهَا ، أَوْ لَمْ يَأْذِنْ لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُتَحَجِّرِ عُذْرٌ فِي تَرْكِ الْعِمَارَةِ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُعَمَّرَ ، وَإِمَّا أَنْ تُرْفَعَ يَدُكَ ، فَإِنْ لَمْ يُعَمَّرْهَا ، كَانَ لَغَيْرِهِ عِمَارَتُهَا ، فَإِنْ لَمْ يُقَلَّ لَهُ شَيْءٌ ، وَاسْتَمَرَّ تَعْطِيلُهَا ، فَقَدْ ذَكَرْنَا عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ مَنْ تَحَجَّرَ أَرْضًا فَعَطَّلَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَعَمَرُوهَا ، فَهَمَّ أَحَقُّ بِهَا . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا كُلِّهِ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : ولِلْإِمَامِ إِقْطَاعُ الْمَوَاتِ لِمَنْ يُحْيِيهِ ، فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالُ بْنُ الْحَارِثِ الْعَقِيقَ أَجْمَعَ / ، فَلَمَّا كَانَ عَمْرُ قَالَ لِبَلَالٍ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَقْطَعْكَ لِتَحْيِيزِهِ عَنِ النَّاسِ ، لِأَنَّمَا أَقْطَعَكَ لِتُعَمَّرَ ، فَخُذْ مِنْهَا مَا قَدَرْتَ عَلَى عِمَارَتِهِ ، وَرَدَّ الْبَاقِي . رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي « الْأَمْوَالِ »^(٢٩) .

(٢٨) سقط من : ب ، م .

(٢٩) في : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين . الأموال ٢٧٣ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب من أقطع قطيعة أو تحجر أرضا ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤٩/٦ . وانظر ما تقدم في صفحة ١٥٠ .

وَذَكَرَ سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » : حَدَّثَنَا عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ مُحَمَّدٍ ، عَنْ رَبِيعَةَ ، قَالَ : سَمِعْتُ الْحَارِثَ بْنَ بِلَالٍ بْنَ الْحَارِثِ ، يَقُولُ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالَ بْنَ الْحَارِثِ الْعَقِيقَ ، فَلَمَّا وَلَّى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، قَالَ : مَا أَقْطَعَكَ ^(٣٠) لِتَحْتَجِنَهُ ، فَأَقْطَعَهُ النَّاسَ . وَرَوَى عَلْقَمَةُ بْنُ وائِلٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضًا بِحَضْرَةِ مَوْتٍ ^(٣١) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَقَالَ سَعِيدٌ : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ، عَنْ ابْنِ أَبِي ثَجَّحٍ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْطَعَ نَاسًا مِنْ ^(٣٢) جُهَيْنَةَ أَوْ مَرْيَةَ أَرْضًا ، فَعَطَّلُوهَا ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَأَخْبَوْهَا ، فَخَاصَمَهُمُ الَّذِينَ أَقْطَعَهُمُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى عَمْرِو بْنِ الْخَطَّابِ ، فَقَالَ عُمَرُ : لَوْ كَانَتْ قَطِيعَةٌ مِنِّي أَوْ مِنْ أَبِي بَكْرٍ لَمْ أَرُدَّهَا ، وَلَكِنهَا قَطِيعَةٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَأَنَا أَرُدُّهَا ، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ - يَعْنِي مِنْ تَحَجَّرَ أَرْضًا - فَعَطَّلَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَعَمَرُوهَا ، فَهَمَّ أَحَقُّ بِهَا ^(٣٣) .

٩١٤ - مسألة ؛ قال : (إِلَّا أَنْ تَكُونَ أَرْضَ مِلْحٍ أَوْ مَاءً لِلْمُسْلِمِينَ فِيهِ الْمَنْفَعَةُ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْفَرِدَ بِهَا الْإِنْسَانُ)

وجملة ذلك ، أَنَّ الْمَعَادِنَ الظَّاهِرَةَ ، وَهِيَ الَّتِي يُوصَلُّ إِلَى مَا فِيهَا مِنْ غَيْرِ مُؤْتَةٍ ، يَنْتَابُهَا النَّاسُ ، وَيَنْتَفِعُونَ بِهَا ، كَالْمِلْحِ ، وَالْمَاءِ ، وَالْكَبْرِيتِ ، وَالْقَيْرِ ^(١) ،

(٣٠) فِي الْأَصْلِ : « أَقْطَعْتَهُ » .

(٣١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي إِقْطَاعِ الْأَرْضِينَ ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ١٥٤/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْقَطَائِعِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِ ١٥١/٦ ، ١٥٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْقَطَائِعِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢٦٨/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٩٩/٦ .

(٣٢) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٣٣) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا يَكُونُ إِحْيَاءً وَمَا يَرْجَى فِيهِ مِنَ الْأَجْرِ ، مِنْ كِتَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ . السَّنَنِ الْكَبْرَى ١٤٨/٦ . وَحَمِيدُ بْنُ زَنْجَوِيهِ ، فِي : بَابِ إِحْيَاءِ الْأَرْضِ وَإِحْيَاظِهَا .. ، مِنْ كِتَابِ أَحْكَامِ الْأَرْضِينَ وَإِقْطَاعِهَا الْأَمْوَالِ ٦٤٤/٢ .

(١) الْقَيْرُ : الزَّفْتُ .

والمُومِيَاءِ^(٢)، والنَّفْطِ، والكُحْلِ، والبرَامِ^(٣)، واليَاقُوتِ، ومَقَاطِعِ^(٤) الطِّينِ،
 وأشبَاهِ ذلك، لا تُمَلِّكُ بالإِخْيَاءِ، ولا يَجُوزُ إقْطَاعُهَا لِأَحَدٍ مِنَ النَّاسِ، وَلَا اخْتِجَازُهَا
 دُونَ الْمُسْلِمِينَ؛ لِأَن فِيهِ ضَرَرٌ بِالْمُسْلِمِينَ، وَتَضْيِيقٌ عَلَيْهِمْ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ
 أَيْضَ بْنَ حَمَّالٍ مَعْدِنَ الْمِلْحِ، فَلَمَّا قِيلَ لَهُ: إِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَاءِ الْعِدِّ^(٥). رَدَّهُ. كَذَا قَالَ
 أَحْمَدُ. وَرَوَى أَبُو عُبَيْدٍ، وَأَبُو دَاوُدَ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٦)، بِإِسْنَادِهِمْ، عَنْ أَيْضَ بْنِ
 حَمَّالٍ، أَنَّهُ اسْتَقْطَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمِلْحَ الَّذِي^(٧) بِمَأْرِبَ، فَلَمَّا وَلَّى، قِيلَ: يَا
 رَسُولَ اللَّهِ: أَتُدْرِي مَا أَقْطَعْتَ لَهُ؟ إِنَّمَا أَقْطَعْتَ^(٨) الْمَاءَ الْعِدِّ. فَرَجَعَهُ مِنْهُ. قَالَ:
 قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا يُحْصَى مِنَ الْأَرَاكِ؟ قَالَ: «مَا لَمْ تَنْلُهُ»^(٩) أَخْخَافُ الْإِبِلَ. وَهُوَ
 حَدِيثٌ غَرِيبٌ. وَرَوَى فِي لَفْظٍ عَنْهُ، أَنَّهُ قَالَ: «لَا حِصَى فِي الْأَرَاكِ». وَرَوَاهُ
 سَعِيدٌ، فَقَالَ: حَدَّثَنِي إِسْمَاعِيلُ بْنُ عِيَّاشٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ قَيْسٍ الْمَأْرِبِيِّ^(١٠)، عَنْ
 أَبِيهِ، عَنْ أَيْضَ بْنِ حَمَّالٍ الْمَأْرِبِيِّ^(١١) قَالَ: اسْتَقْطَعْتُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَعْدِنَ الْمِلْحِ.

ظ ١٣٥/٥

(٢) موميا : مادة تجمد قصير قارا تفوح منه رائحة الزيت المخلوط بالماء ، تلتطخ به أجساد الموتى حتى تحفظ
 ولا تتغير . الجامع لمفردات الأدوية ٦٩/٤ .

(٣) البرام : القدور من الحجارة .

(٤) في الأصل : « ومقالع » .

(٥) العد : الجارى .

(٦) أخرجه أبو عبيد ، في : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين . الأموال ٢٧٥ ، ٢٧٦ . وأبو داود ،
 في : باب في إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٥/٢ ، ١٥٦ . والترمذى ، في : باب ما جاء
 في القطائع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذى ١٤٩/٦ ، ١٥٠ . وابن ماجه ، في : باب إقطاع الأنهار
 والعيون ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٧/٢ . والدارمى ، في : باب في القطائع ، من كتاب البيوع .
 سنن الدرامى ٢٦٨/٢ .

(٧) سقط من : م ، ا .

(٨) في ا ، م : « أقطعت له » .

(٩) في الأصل : « تبلة » .

(١٠) في الأصل : « المازنى » . وانظر المشبهة للذهبي ٥٦٤ .

(١١) في الأصل : « المازنى » . وانظر ما سبق .

بِمَأْرِبٍ ، فَأَقْطَعْنِيهِ ، قِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَاءِ الْعِدِّ . يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ .
 فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « فَلَا إِذْنَ » . وَلَأنَّ هَذَا تَتَعَلَّقُ بِهِ مَصَالِحُ الْمُسْلِمِينَ
 (١٢) الْعَامَّةُ ، فَلَمْ يَجْزْ إِخْيَاؤُهُ ، وَلَا إِقْطَاعُهُ ، كَمَشَارِعِ الْمَاءِ ، وَطُرُقَاتِ الْمُسْلِمِينَ .
 وَ(١٣) قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : هَذَا مِنْ مَوَادِّ اللَّهِ الْكَرِيمِ ، وَفَيْضُ جُودِهِ الَّذِي لَا غَنَاءَ عَنْهُ ، فَلَوْ
 مَلَكَهُ أَحَدٌ بِالْاِخْتِجَازِ ، مَلَكَ مَنَعَهُ ، فَضَاقَ عَلَى النَّاسِ ، فَإِنْ أَخَذَ الْعَوَضَ عَنْهُ أَغْلَاهُ ،
 فَخَرَجَ عَنِ الْمَوْضِعِ الَّذِي وَضَعَهُ اللَّهُ ، مِنْ تَعْمِيمِ ذَوِي الْحَوَائِجِ (١٤) مِنْ غَيْرِ كُفْفَةٍ .
 وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا .

فصل : فَأَمَّا الْمَعَادِنُ الْبَاطِنَةُ ، وَهِيَ الَّتِي لَا يُوصَلُ إِلَيْهَا إِلَّا بِالْعَمَلِ وَالْمُؤَنَةِ ،
 كَمَعَادِنِ الذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةِ ، وَالْحَدِيدِ ، وَالتُّحَاسِ ، وَالرُّصَاصِ ، وَالبُّلُورِ ،
 وَالْفَيَّرُوزِجِ ، فَإِذَا كَانَتْ ظَاهِرَةً ، لَمْ تُمْلِكْ أَيْضًا بِالْإِحْيَاءِ ، لَمَّا ذَكَّرْنَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا .
 وَإِنْ لَمْ تَكُنْ ظَاهِرَةً ، فَحَفَرَهَا إِنْسَانٌ وَأَظْهَرَهَا ، لَمْ يَمْلِكْهَا (١٥) بِذَلِكَ ، فِي ظَاهِرِ
 الْمَذْهَبِ ، وَظَاهِرِ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَهَا بِذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ
 لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَوَاتٌ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بِالْعَمَلِ وَالْمُؤَنَةِ ، فَمِلْكُ الْإِحْيَاءِ ، كَالأَرْضِ ،
 وَلِأَنَّهُ بِإِظْهَارِهِ تَهْيَأٌ لِلانْتِفَاعِ بِهِ ، مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى تَكَرُّارِ ذَلِكَ الْعَمَلِ ، فَأَشْبَهَ الْأَرْضَ
 إِذَا جَاءَهَا بِمَاءٍ أَوْ حَاطَهَا . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْإِحْيَاءَ الَّذِي يَمْلِكُ بِهِ ، هُوَ الْعِمَارَةُ الَّتِي
 تَهْيَأُ بِهَا الْمُخَيِّصُ لِلانْتِفَاعِ مِنْ غَيْرِ تَكَرُّارِ عَمَلٍ ، وَهَذَا حَقَرٌ وَتَخْرِيبٌ (١٥) ، يَحْتَاجُ إِلَى
 تَكَرُّارٍ عِنْدَ كُلِّ انْتِفَاعٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ اخْتَفَرَ بِقَرَامَلِكْهَا ، وَمَلَكَ حَرِيمَهَا . قُلْنَا :
 الْبُيْرُ تَهْيَأَاتٌ لِلانْتِفَاعِ بِهَا مِنْ غَيْرِ تَجْدِيدِ حَفْرِ وَلَا عِمَارَةٍ ، وَهَذِهِ الْمَعَادِنُ تُحْتَاجُ عِنْدَ
 كُلِّ انْتِفَاعٍ إِلَى عَمَلٍ وَعِمَارَةٍ ، فَافْتَرَقَا . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهَا ؛

(١٢ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٣) في الأصل : « الحاجة » .

(١٤) في ب ، م : « تملك » .

(١٥) في ب ، م : « وتخريبه » .

لأنّها لا تُملك بالإحياء . والصّحيحُ جَوَازُ ذلك ؛ لأنّ النّبيَّ ﷺ أقطعَ لِبَلالِ بنِ الحارثِ مَعَادِنَ القَبِيلَةِ ، جَلَسِيَّهَا وَغَوْرِيَّهَا^(١٦) . (١٧) رواه أبو داودَ ، وغيره^(١٧) .

فصل : ومن أحياء أرضنا ، فملكها بذلك ، فظهر فيها معدنٌ ، ملكه ظاهرًا كان أو باطنًا ، إذا كان من المعادن الجامدة ؛ لأنّه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها ، وهذا منها . ويُفارقُ الكنز ؛ فإنّه مُودَعٌ فيها ، وليس من أجزائها . ويُفارقُ ما إذا كان ظاهرًا قبل إحيائها ؛ لأنّه قطعَ عن المسلمين نفعا كان واصلًا إليهم ، ومنعهم انفعاعًا كان لهم ، وهنّ لم يقطعَ عنهم شيئًا ؛ لأنّه إنّما ظهرَ بإظهاره له . ولو تحجّر الأرض ، أو أقطعها ، / فظهر فيها المعدنُ قبل إحيائها ، لكان له إحياءها ، ويملكها بما فيها ؛ لأنّه صارَ أحقَّ به بتحجّره وإقطاعه ، فلم يمنع من إتمامِ حقّه . وأما المعدنُ الجاريةُ ، كالقارِ ، والتقطِ ، والماءِ ، فهل يملكها من ظهرت في ملكه ؟ فيه روايتان ؛ أظهرهما ، لا يملكها ؛ لقول النّبيِّ ﷺ : « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ : فِي الْمَاءِ ، وَالْكَأِ ، وَالنَّارِ »^(١٨) . رواه الحلال . ولأنّها ليست من أجزاء الأرض ، فلم يملكها بملك الأرض ، كالكنز . والثانية ، يملكها ؛ لأنّها خارجةٌ من أرضه المملوكة له ، فأشبهتِ الزُّرعَ والمعادنَ الجامدة .

فصل : ولو شرعَ إنسانٌ في حفرِ معدنٍ ، ولم يصلِ إلى النّيلِ ، صارَ أحقَّ به ، كالمُتَحَجِّرِ الشارِعِ في الإحياء ، فإذا وصلَ إلى النّيلِ صارَ أحقَّ بالأخذِ منه ، مادام مُقيماً على الأخذِ منه ، وهل يملكه بذلك ؟ فيه ما قد ذكرنا من قبل . وإن حفرَ آخرُ من ناحيةٍ أخرى ، لم يكن له منعه . وإذا وصلَ إلى ذلك العِرْقِ ، لم يكن له منعه ، سواء

(١٦) المجلسي : ما كان من أرض نجد . والغوري : ما كان من بلاد هامة .

(١٧ - ١٧) سقط من : ب ، م ،

وتقدم تحريجه في : ٢٤٠/٤ ، ٢٤١ .

(١٨) تقدم تحريجه في : ١٤٦/٦ .

قلنا : إِنَّ الْمَعْدِنَ يُمْلِكُ بِحَفْرِهِ . أو لم نُقَلْ ؛ لَأَنَّهُ إِنْ مَلَكَه ، فَإِنَّمَا يَمْلِكُ الْمَكَانَ الَّذِي حَفَرَهُ ، وَأَمَّا الْعِرْقُ الَّذِي فِي الْأَرْضِ فَلَا يَمْلِكُهُ بِذَلِكَ . وَمَنْ وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى ، فَلَهُ أَخْذُهُ . وَلَوْ ظَهَرَ فِي مِلْكِهِ مَعْدِنٌ ، بِحَيْثُ يَخْرُجُ النَّيْلُ عَنْ أَرْضِهِ ، فَحَفَرَ إِنْسَانٌ مِنْ خَارِجِ أَرْضِهِ ، كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا خَرَجَ عَنْ أَرْضِهِ مِنْهُ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ ، إِنَّمَا مَلَكَ مَا هُوَ مِنْ أَجْزَاءِ أَرْضِهِ ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مَا كَانَ دَاخِلًا فِي أَرْضِهِ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ الْبَاطِنَةِ ، كَمَا لَا يَمْلِكُ أَخْذَ أَجْزَائِهَا الظَّاهِرَةِ . وَلَوْ حَفَرَ كَافِرٌ فِي دَارِ الْحَرْبِ مَعْدِنًا ، فَوَصَلَ إِلَى النَّيْلِ ، ثُمَّ فَتَحَهَا الْمُسْلِمُونَ عَنُودًا ، لَمْ تَصِرْ غَنِيمَةً ، وَكَانَ وُجُودُ عَمَلِهِ وَعَدَمُهُ وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ عَامِرَهُ لَمْ يَمْلِكْهُ بِذَلِكَ ، وَلَوْ مَلَكَه فَإِنَّ الْأَرْضَ كُلَّهَا تَصِيرُ وَقْفًا لِلْمُسْلِمِينَ ، وَهَذَا يَنْصَرِفُ إِلَى مَصْلَحَةٍ مِنْ مَصَالِحِهِمْ ، فَتُعَيَّنُ لَهَا ، كَمَا لَوْ ظَهَرَ يَفْعَلُ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : ولو كان في المَوَاتِ مَوْضِعٌ يُمَكِّنُ أَنْ يَحْدُثَ فِيهِ مَعْدِنًا ظَاهِرًا ، كَمَوْضِعٍ عَلَى شَاطِئِ^(١٩) الْبَحْرِ ، إِذَا صَارَ^(٢٠) فِيهِ مَاءُ الْبَحْرِ صَارَ مِلْحًا ، مُلْكٌ بِالْإِحْيَاءِ ، وَجَازٌ لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ ؛ لَأَنَّهُ لَا يُضَيِّقُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ بِإِحْدَائِهِ ، بَلْ يَحْدُثُ نَفْعُهُ بِفَعْلِهِ ، فَلَمْ يُنَمَعْ مِنْهُ ، كَبَقِيَّةِ الْمَوَاتِ ، وَإِحْيَاءُ هَذَا بِنَهْيَتِهِ لَمَّا يَصْلُحُ لَهُ ، مِنْ حَفْرِ تُرَابِهِ ، وَتَمْهِيدِهِ ، وَفَتْحِ قَنَاةٍ إِلَيْهِ تُصْبُ الْمَاءُ فِيهِ ؛ لَأَنَّهُ يَتَهَيَّأُ بِهَذَا الْإِتِّفَاعِ بِهِ .

فصل : وَمَنْ مَلَكَ مَعْدِنًا ، فَعَمِلَ فِيهِ غَيْرَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَمَا حَصَلَ مِنْهُ فَهُوَ لِمَالِكِهِ ، وَلَا أَجْرٌ لِلْغَاصِبِ عَلَى عَمَلِهِ ؛ لَأَنَّهُ عَمِلَ فِي مِلْكٍ / غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ حَصَدَ زَرْعَ غَيْرِهِ^(٢١) بِغَيْرِ إِذْنِهِ^(٢٢) . وَإِنْ قَالَ مَالِكُهُ : اْعْمَلْ فِيهِ ، وَلَكِ مَا يَخْرُجُ مِنْهُ . فَلَهُ ذَلِكَ ، وَلَا شَيْءَ لِصَاحِبِ الْمَعْدِنِ فِيهِ ؛ لَأَنَّهُ إِبَاحَةٌ مِنْ مَالِكِهِ ، فَمَلَكَ مَا أَخْذَهُ ، كَمَا لَوْ أَبَاحَهُ الْأَخْذَ مِنْ دَارِهِ أَوْ بُسْتَانِهِ . وَإِنْ قَالَ : اْعْمَلْ فِيهِ ، عَلَى أَنَّ مَا رَزَقَ اللَّهُ مِنْ نَيْلٍ

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « شَط » .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « حَصَلَ » .

(٢١ - ٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

كانَ يَبْنِيَانِصَفَيْنِ . فَعَمِلَ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ ، وَمَا يَأْخُذُهُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا .
 كَمَا لَوْ قَالَ لَهُ : اِخْصُدْ هَذَا الزَّرْعَ بِنَصْفِهِ أَوْ ثُلُثِهِ . وَلَأَنَّهُمَا عَيْنٌ تُنَمَّى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا ، فَصَحَّ
 الْعَمَلُ فِيهَا بِبَعْضِهِ ، كَالْمُضَارَبَةِ فِي الْأَثْمَانِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَا يَخْصُلُ مِنْهُ
 مَجْهُوْلٌ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ إِجَارَةً ؛ لِأَنَّ الْعَوَضَ مَجْهُوْلٌ ، وَالْعَمَلُ مَجْهُوْلٌ ،
 وَلَا جَعَالََةً ؛ لِأَنَّ الْعَوَضَ مَجْهُوْلٌ ، وَلَا مُضَارَبَةً ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ إِنَّمَا تَصِحُّ بِالْأَثْمَانِ ،
 عَلَى أَنْ يُرَدَّرَ أَسَاسُ الْمَالِ ، وَتَكُونَ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الرَّبْحِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ هُنَا . وَفَارَقَ حَصَادَ
 الزَّرْعِ بِنَصْفِهِ أَوْ جُزْءٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ مَعْلُومٌ بِالشَّاهِدَةِ ، وَمَا عُلِمَ جَمِيعُهُ عُلِمَ
 جُزْؤُهُ ، بِخِلَافِ هَذَا . وَإِنْ قَالَ : اْعْمَلْ فِيهِ كَذَا ، وَلَكَ مَا يَخْصُلُ مِنْهُ ، بِشَرْطِ أَنْ
 تُعْطِنِي أَلْفًا . أَوْ شَيْئًا مَعْلُومًا . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَبْعُ لِمَجْهُوْلٍ ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مُعَامَلَةً
 كَالْمُضَارَبَةِ ، لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَكُونُ بِجُزْءٍ مِنَ النَّمَاءِ ، لَا دَرَاهِمَ مَعْلُومَةٍ .
 قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَخَذَ مَعْدِنًا مِنْ قَوْمٍ ، عَلَى أَنْ يَعْمُرَهُ ، وَيَعْمَلَ فِيهِ ، وَيُعْطِيَهُمْ أَلْفَى
 مَنًا ^(٢٢) وَأَلْفَ مَنًا صَفْرًا . فَذَلِكَ مَكْرُوهٌ ^(٢٣) وَلَمْ يُرَخَّصْ فِيهِ .

فصل ^(٢٤) : إِذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيُخْفِرَ لَهُ عَشْرَةَ أَذْرَعٍ ، فِي دَوْرٍ كَذَا ، بِدَيْنَارٍ .
 صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ إِجَارَةٌ مَعْلُومَةٌ . وَإِنْ ظَهَرَ عِرْقُ ذَهَبٍ ، فَقَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتُخْرِجَهُ
 بِدَيْنَارٍ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ مَجْهُوْلٌ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ اسْتَخْرَجْتَهُ فَلَكَ دَيْنَارٌ . صَحَّ ،
 وَيَكُونُ جَعَالََةً ؛ لِأَنَّ الْجَعَالََةَ تَصِحُّ عَلَى عَمَلٍ مَجْهُوْلٍ ، إِذَا كَانَ الْعَوَضُ مَعْلُومًا .

فصل : وَمَنْ سَبَقَ فِي الْمَوَاتِ إِلَى مَعْدِنٍ ظَاهِرٍ أَوْ بَاطِنٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِمَا يَنَالُ مِنْهُ ؛ لِقَوْلِ
 النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَالِهِمْ يَسْبِقُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ لَهُ » ^(٢٥) . فَإِنْ أَخَذَ قَدْرَ
 حَاجَتِهِ ، وَأَرَادَ الْإِقَامَةَ فِيهِ بِحَيْثُ يَمْنَعُ غَيْرَهُ ، مُنِعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يُضَيِّقُ عَلَى النَّاسِ مَا لَا تَنْفَعُ

(٢٢) المَنَا : كَيْلٌ أَوْ مِيزَانٌ .

(٢٣) فِي ب ، م : « الْمَكْرُوه » .

(٢٤) لَمْ يَرُدْ هَذَا الْفَصْلُ فِي : الْأَصْلُ .

(٢٥) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٥٢ .

فيه ، فأشبهه ما لو وَقَفَ في مَشْرَعَةِ الْمَاءِ لغير حاجة . وإن أطال المَقَامَ والأخذَ ، اِحْتَمَلَ أن يُمنَعَ ؛ لأنه يصيرُ كالمُتَمَلِّكِ له . واحْتَمَلَ أن لا يُمنَعَ ؛ لإطلاقِ الْحَدِيثِ . وإن استَبَقَ إليه اثنانِ ، وضاقَ المكانُ عنهما ، أُقِرَّ بينهما ؛ لأنه لا مَزِيَّةَ لأحدهما على صاحبه . ويَحْتَمِلُ أن يُقسَمَ بينهما ؛ لأنه يُمكنُ قِسْمَتُهُ ، وقد تَسَاوَا فيهِ ، فيُقسَمُ بينهما ، كما لو تَدَاعَا عَيْنًا في أَيْدِيهِما ولا يَبَيِّنُهُ لأحدهما بها . ويَحْتَمِلُ أن يُقدَّمَ الإمامُ مَنْ يَرى منهما ؛ لأنَّ له نَظْرًا . وذكرَ القاضي وَجْهًا رابعًا ، وهو أن الإمامَ يَنْصِبُ مَنْ يأخُذُ لهما ، وَيُقَسِّمُ بينهما . وهذا التَّفْصِيلُ مذهبُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : وما نَضَبَ عنه الماءُ من الجَزَائِرِ ، لم يُملَكْ بالإخْيَافِ . قال أحمدُ ، في / رِوَايَةِ العَبَّاسِ ابنِ موسى^(٢٦) : إذا نَضَبَ الماءُ عن جَزِيرَةٍ ، إلى قَنَاةٍ^(٢٧) رَجُلٍ ، لم يَبْنَ فيها ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا ، وهو أن الماءَ يَرْجِعُ . يعنى أَنَّهُ يَرْجِعُ إلى ذلك المكانِ ، فإذا وَجَدَهُ مَبْنِيًّا ، رَجَعَ إلى الجانبِ الآخرِ ، فأضَرَّ بأَهْلِهِ . ولأنَّ الجَزَائِرَ مَبْنِيَّةُ الْكَلِّ وَالْحَطَبِ ، فَجَرَتْ مَجْرَى الْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ ، وقد قال النَبِيُّ ﷺ : « لَا حِمَى فِي الْأَرَاكِ »^(٢٨) . وقال أحمدُ ، في رِوَايَةِ حَرْبٍ : يَرَوَى عن عُمَرَ ، أَنَّهُ أَباحَ^(٢٩) الجَزَائِرَ . يَعْنِي أَباحَ ما يَبْنَى^(٣٠) في الجَزَائِرِ مِنَ الثِّبَاتِ ، وقال : إذا نَضَبَ الْفُرَاتُ عَنْ شَيْءٍ ، ثُمَّ نَبَتْ فِيهِ^(٣١) ثَبَاتٌ ، فَجَاءَ رَجُلٌ فَمَنَعَ^(٣٢) النَّاسَ مِنْهُ ، فليس له ذلك . فَأَمَّا إِنْ غَلَبَ الْمَاءُ عَلَى مِلْكِ إِنْسَانٍ ، ثُمَّ عَادَ فَنَضَبَ عَنْهُ ، فَلَهُ أَخْذُهُ ، فلا يَزُولُ مِلْكُهُ بِغَلْبَةِ الْمَاءِ عَلَيْهِ . وإن

(٢٦) العباس بن محمد بن موسى الخلال ، بغدادى ، من أصحاب الإمام أحمد الأولين ، الذين كان يعتد بهم ، وله مسائل عن أبى عبد الله ، يقول فيها : قبل الحبس وبعده . طبقات الحنابلة ٢٣٩/١ .

(٢٧) في ب ، م ، : « فناء » .

(٢٨) تقدم في صفحة ١٥٥ .

(٢٩) في الأصل زيادة : « ما بنت » .

(٣٠ - ٣١) سقط من : الأصل .

(٣١) في ب ، م ، : « عن » .

(٣٢) في ب ، م ، : « يمنع » .

كان ما نَضَبَ عنه الماء لا يَنْتَفِعُ به أحدٌ ، فَعَمَرَهُ رَجُلٌ عِمَارَةً لا تَرُدُّ الماءَ ، مثل أن يجعله مَزْرَعَةً ، فهو أَحَقُّ به من غيره ؛ لَأَنَّهُ مُتَحَجِّرٌ لِمَالِيسٍ لِمُسْلِمٍ فيه حَقٌّ ، فَأَشْبَهَ التَّحَجُّرَ فِي الْمَوَاتِ .

فصل : وما كان من الشُّوَارِعِ والطَّرِقاتِ وَالرَّحَابِ بين العُمَرَانِ ، فليس لأحدٍ إحياءُهُ ، سواء كان واسِعاً أو ضَيِّقاً ، وسواء ضَيِّقٌ على الناسِ بذلك ^(٣٣) أو لم يُضَيِّقْ ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ يَشْتَرِكُ فِيهِ الْمُسْلِمُونَ ، وَتَعَلَّقَ بِهِ مَصْلَحَتُهُمْ ، فَأَشْبَهَ مَسَاجِدَهُمْ . ويجوزُ الارتفاقُ بِالْقُعُودِ فِي الْوَاسِعِ مِنْ ذَلِكَ لِلْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، عَلَى وَجْهِ لَا يُضَيِّقُ عَلَى أَحَدٍ ، وَلَا يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ ؛ لِاتِّفَاقِ أَهْلِ الْأَمْصَارِ فِي جَمِيعِ الْأَعْصَارِ عَلَى إقْرَارِ النَّاسِ عَلَى ذَلِكَ ، مِنْ غَيْرِ إِنْكَارٍ ، وَلَأَنَّهُ ارْتِفَاقٌ مُبَاحٌ مِنْ غَيْرِ إِضْرَارٍ ، فَلَمْ يُمْنَعْ مِنْهُ ، كَالْاجْتِيَازِ ، قَالَ أَحْمَدُ ، فِي السَّابِقِ إِلَى ذَكَائِمِ السُّوقِ غُدُوَّةٌ : فَهُوَ لَهُ إِلَى اللَّيْلِ . وَكَانَ هَذَا فِي سُوقِ الْمَدِينَةِ فِيمَا مَضَى . وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنِ مَنَّاخٌ مِنْ سَبَقٍ » ^(٣٤) . وَلَهُ أَنْ يُظَلَّلَ عَلَى نَفْسِهِ ، بِمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ، مِنْ بَارِيَّةٍ ^(٣٥) ، وَتَأْبُوتٍ ، وَكِسَاءٍ ، وَنَحْوِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ مَضَرَّةٍ فِيهِ . وَلَيْسَ لَهُ الْبِنَاءُ لِذِكَّةٍ وَلَا غَيْرِهَا ؛ لَأَنَّهُ يُضَيِّقُ عَلَى النَّاسِ ، وَيَعْتَرِبُهُ الْمَارَّةُ بِاللَّيْلِ ، وَالضَّرِيرُ فِي اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ ، وَيَبْقَى عَلَى الدَّوَامِ ، فَرُبَّمَا ادَّعَى مِلْكَهُ بِسَبَبِ ذَلِكَ . وَالسَّابِقُ أَحَقُّ بِهِ مَا دَامَ فِيهِ ، فَإِنْ قَامَ وَتَرَكَ مَتَاعَهُ فِيهِ ، لَمْ يَجُزْ لغيرِهِ إِزَالَتُهُ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْأَوَّلِ عَلَيْهِ ، وَإِنْ نَقَلَ مَتَاعَهُ ، كَانَ لغيرِهِ أَنْ يَقْعُدَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ قَدْ زَالَتْ . وَإِنْ قَعَدَ وَأَطَالَ ، مُنِعَ مِنْ ذَلِكَ ؛ لَأَنَّهُ يَصِيرُ كَالْمُتَمَلِّكِ ، وَيَخْتَصُّ بِنَفْعٍ يُسَاوِيهِ غَيْرُهُ فِي اسْتِحْقَاقِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُزَالَ ؛ لَأَنَّهُ سَبَقَ إِلَى مَا / لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ . وَإِنْ اسْتَبَقَ اثْنَانِ ١٣٧/٥ ظ

إِلَيْهِ ، اخْتَمَلَ أَنْ يُفْرَعَ بَيْنَهُمَا ، وَاخْتَمَلَ أَنْ يُقَدَّمَ الْإِمَامُ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا . وَإِنْ كَانَ الْجَالِسُ

(٣٣) سقط من : ب ، م .

(٣٤) تقدم تخريجه في : ٣٦٧/٦ .

(٣٥) البارية : الحصر .

يُضَيِّقُ عَلَى الْمَارَّةِ ، لَمْ يَجَلِّ لَهُ الْجُلُوسُ فِيهِ ، وَلَا يَجَلِّ لِلْإِمَامِ تَمْكِينُهُ بَعَوْضٍ ، وَلَا غَيْرِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : مَا كَانَ يَتَّبِعُنِي لَنَا أَنْ نَشْتَرِي مِنْ هَؤُلَاءِ الَّذِينَ يَبْعُونَ عَلَى الطَّرِيقِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ الطَّرِيقَ ضَيِّقٌ ، أَوْ يَكُونُ يُوْذَى الْمَارَّةِ ؛ لَمَّا تَقَدَّمَ ذِكْرُ نَالِهِ . وَقَالَ : لَا يُعْجِبُنِي الطَّحْنُ فِي الْعُرُوبِ إِذَا كَانَتْ فِي طَرِيقِ النَّاسِ . وَهُوَ السُّفْنُ الَّتِي يُطْحَنُ فِيهَا فِي الْمَاءِ الْجَارِي . إِنَّمَا كَرِهَ ذَلِكَ ، لِتَضْيِيقِهَا طَرِيقَ السُّفْنِ الْمَارَّةِ فِي الْمَاءِ . قَالَ أَحْمَدُ : رَبَّمَا غَرِقَتِ السُّفْنُ ، فَأَرَى لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَوَقَّى الشَّرَاءَ مِمَّا يُطْحَنُ بِهَا .

فصل : في القَطَاعِ ، وَهِيَ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، إِقْطَاعُ إِرْفَاقٍ ، وَذَلِكَ إِقْطَاعُ مَقَاعِدِ السُّوقِ ، وَالطَّرِيقِ الْوَاسِعَةِ ، وَرَحَابِ الْمَسَاجِدِ ، الَّتِي ذَكَّرْنَا أَنَّ لِلْسَّابِقِ إِلَيْهَا الْجُلُوسَ فِيهَا^(٣٦) ، فَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهَا لِمَنْ يَجْلِسُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ لَهُ فِي ذَلِكَ اجْتِهَادًا ، مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يَجُوزُ الْجُلُوسُ إِلَّا فِيمَا لَا يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ ، فَكَانَ لِلْإِمَامِ أَنْ يُجْلِسَ فِيهَا مَنْ لَا يَرَى أَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِجُلُوسِهِ . وَلَا يَمْلِكُهَا الْمُقْطَعُ بِذَلِكَ ، بَلْ يَكُونُ أَحَقُّ بِالْجُلُوسِ فِيهَا مِنْ غَيْرِهِ ، بِمَنْزِلَةِ السَّابِقِ إِلَيْهَا مِنْ غَيْرِ إِقْطَاعٍ ، سِوَاءٍ ، إِلَّا فِي شَيْءٍ وَاحِدٍ ، وَهُوَ أَنَّ السَّابِقَ إِذَا ثَقَلَ مَتَاعُهُ عَنْهَا ، فَلْغَيْرِهِ الْجُلُوسُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهُ لَهَا بِسَبْقِهِ إِلَيْهَا ، وَمُقَامِهِ فِيهَا ، فَإِذَا انْتَقَلَ عَنْهَا ، زَالَ اسْتِحْقَاقُهُ ، لِزَوَالِ الْمَعْنَى الَّتِي اسْتَحَقَّ بِهِ ، وَهَذَا اسْتَحَقُّ بِإِقْطَاعِ الْإِمَامِ ، فَلَا يُزُولُ حَقُّهُ بِثَقَلِ مَتَاعِهِ ، وَلَا لَغَيْرِهِ^(٣٧) الْجُلُوسُ فِيهِ ، وَحُكْمُهُ فِي التَّظْلِيلِ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا لَيْسَ بِنَاءٍ ، وَمَنْعِهِ مِنَ الْبِنَاءِ ، وَمَنْعِهِ إِذَا طَالَ مُقَامُهُ ، حُكْمُ السَّابِقِ ، عَلَى مَا سَلَفْنَا . الثَّانِي ، إِقْطَاعُ مَوَاتٍ مِنَ الْأَرْضِ لِمَنْ يُحْيِيهَا ، فَيَجُوزُ ذَلِكَ ؛ لِمَا رَوَى وَائِلُ بْنُ حُجْرٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضًا ، فَأَرْسَلَ مُعَاوِيَةَ أَنْ « أَعْطِهِ إِيَّاهُ ، أَوْ أَعْلِمْنَاهُ إِيَّاهُ » . حَدِيثٌ صَحِيحٌ^(٣٨) . وَأَقْطَعَ بِلَالُ بْنُ الْحَارِثِ

(٣٦) سقط من : ب ، م .

(٣٧) في ب ، م : « يضره » .

(٣٨) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٣ .

المُزَنِّي^(٣٩) ، وأبيص بن حماد المَارِي^(٤٠) ، وأقطع الزُّبَيْر حُضْرَ فَرَسِهِ^(٤١) ،
فَأَجْرَى فَرَسَهُ حَتَّى قَامَ وَرَمَى بِسَوْطِهِ ، فَقَالَ : «أَعْطُوهُ مِنْ حَيْثُ وَقَعَ السَّوْطُ» . رَوَاهُ
سَعِيدٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ^(٤٢) . وَذَكَرَ الْبُخَارِيُّ^(٤٣) ، عَنْ أَنَسٍ قَالَ : دَعَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ
الْأَنْصَارَ لِيُقْطِعَ لَهُمَ بِالْبَحْرَيْنِ^(٤٤) . فَقَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ : إِنْ فَعَلْتُ ، فَأَكْتُبَ
لِإِخْوَانِنَا مِنْ قُرَيْشٍ بِمِثْلِهَا . وَرَوَى أَنَّ أَبَا بَكْرٍ أَقْطَعَ طَلْحَةَ بْنَ عُبَيْدِ اللَّهِ أَرْضًا ، وَأَنَّ عُثْمَانَ
أَقْطَعَ خَمْسَةَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ؛ / الزُّبَيْر ، وَسَعْدًا ، وَابْنَ مَسْعُودٍ ،
وَأَسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ ، وَخُبَّابَ بْنَ الْأَرْتِ . وَيُرْوَى عَنْ نَافِعٍ أَيْ عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ قَالَ لِعُمَرَ :
إِنْ قَبَلْنَا أَرْضًا بِالْبَصْرَةِ ، لَيْسَتْ مِنْ أَرْضِ الْحَرَّاجِ ، وَلَا تُضَرُّ بِأَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ،
فَإِنْ رَأَيْتَ أَنَّ تُقْطِعْنَهَا اتَّخِذْ فِيهَا قَصِيلاً^(٤٥) لِيُخْلِيَ ، فَأَفْعَلَ . قَالَ : فَكَتَبَ عُمَرُ إِلَى أَبِي
مُوسَى : إِنْ كَانَتْ كَمَا يَقُولُ ، فَأَقْطِعْهَا إِيَّاهُ . رَوَى هَذِهِ الْآثَارَ كُلُّهَا أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي
« الْأَمْوَالِ »^(٤٦) . وَرَوَى سَعِيدٌ ، عَنْ سُفْيَانَ ، عَنْ أَبِي نُجَيْحٍ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ
شُعَيْبٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ نَاسًا مِنْ جُهَيْنَةَ أَوْ مَزَيْنَةَ أَرْضًا^(٤٧) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ
مَنْ أَقْطَعَهُ الْإِمَامَ شَيْئًا مِنَ الْمَوَاتِ ، لَمْ يَمْلِكْهُ بِذَلِكَ ، لَكِنْ يَصِيرُ أَحَقُّ بِهِ ، كَالْمُتَحَجِّرِ
الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، بِدَلِيلِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ بَلَّالِ بْنِ الْحَارِثِ ، حَيْثُ اسْتَرْجَعَ

(٣٩) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٤ .

(٤٠) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٥ .

(٤١) حضر فرسه : عدوها ، أى قدر ما تعلقو عدوة واحدة .

(٤٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٥٦/٢ .

(٤٣) في : باب القطائع ، وباب كتابة القطائع ، من كتاب المساقاة . صحيح البخاري ١٥٠/٣ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١١١/٣ .

(٤٤) في الأصل : « البحرين » .

(٤٥) القصيل : ما اقتصل من الزرع أخضر .

(٤٦) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٣ .

(٤٧) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٤ .

عمرُ منه ما عَجَزَ عن إحيائه من العَقِيقِ ، الذى أَقْطَعَهُ إِيَّاهُ رسولُ الله ﷺ (٤٨) ، ولو ملكه لم يَجْزُ اسْتِرْجَاعُهُ . وَرَدَّ عُمَرُ أَيْضًا قَطِيعَةً أَى بَكْرِ لِعُيَيْنَةَ بنِ حِصْنٍ ، فَسَأَلَ عُيَيْنَةُ أَبَا بَكْرٍ أَنْ يُجَدِّدَ لَهُ كِتَابًا فَقَالَ : وَاللهِ لَا أُجَدِّدُ شَيْئًا رَدَّهُ عُمَرُ . رَوَاهُ أَبُو عُيَيْنَةَ (٤٩) .

لَكِنَّ الْمُقْطَعَ يَصِيرُ أَحَقَّ بِهِ مِنْ سَائِرِ النَّاسِ ، وَأَوَّلَى بِإِحْيَائِهِ ، فَإِنْ أَحْيَاهُ ، وَإِلَّا قَالَ لَهُ السُّلْطَانُ : إِنَّ أَحْيَيْتَهُ ، وَإِلَّا فَارْفَعْ يَدَكَ عَنْهُ . كَمَا قَالَ عُمَرُ لِإِلَالِ بنِ الْحَارِثِ الْمُزْنِيِّ :

إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَقْطَعْكَ لِتَحْجُبْهُ دُونَ النَّاسِ ، وَإِنَّمَا أَقْطَعَكَ لِتَعْمَرَ ، فَخُذْ مِنْهَا مَا قَدَّرْتَ عَلَى عِمَارَتِهِ ، وَرُدِّ الْبَاقِي . وَإِنْ طَلَبَ الْمُهْلَةَ لِغُذْرٍ ، أُمِهِلَ بِقَدْرِ ذَلِكَ . وَإِنْ طَلَبَهَا لِغَيْرِ غُذْرٍ ، لَمْ يُمِهِلْ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْمُتَحَجِّرِ . وَإِنْ سَبَقَ غَيْرُهُ فَأَحْيَاهُ قَبْلَ أَنْ يُقَالَ لَهُ شَيْءٌ ، أَوْ فِي مُدَّةِ الْمُهْلَةِ ، فَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَقَدَرُوا عَنْ عُمَرُو ابْنِ شُعَيْبٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ نَاسًا مِنْ جُهَيْنَةٍ أَوْ مَرْيَنَةَ أَرْضًا ، فَعَطَّلُوهَا ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَأَحْيَوْهَا ، فَخَاصَمَهُمُ الَّذِينَ أَقْطَعَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَالَ عُمَرُ : لَوْ كَانَتْ قَطِيعَةٌ مِنِّي ، أَوْ مِنْ أَى بَكْرٍ ، لَمْ أُرُدِّهَا ، وَلَكِنَّهَا قَطِيعَةٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَأَنَا أُرُدُّهَا ! فَذَلَّ هَذَا عَلَى أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ قَطِيعَةٌ مِنْ غَيْرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَهِيَ لِمَنْ أَحْيَاهَا . وَالثَّانِي ، لَا يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُقْطَعَ ، وَمَفْهُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ » . أَنَّهُ إِذَا تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ مُسْلِمٍ ، لَمْ يَجْزُ إِحْيَاؤها . وَقَدْ ذَكَرْنَا الْوَجْهَيْنِ فِي الْمُتَحَجِّرِ ، وَهَذَا مِثْلُهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كَنَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وليس للإمام إقطاع ما لا يجوز إحياءه من المعادين الظاهرة ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا اسْتَقْطَعَهُ أَبِيضُ بنُ حَمَالٍ الْمَلْعَ الَّذِي بِمَارِبٍ ، فَقِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ : إِنَّمَا أَقْطَعْتَهُ

(٤٨) تقدم تخریجه فی صفحة ١٥٣ .

(٤٩) الأموال ٢٧٦ ، ٢٧٧ .

الماء العِدُّ . رَجَعَهُ^(٥٠) منه . ولأنَّ في ذلك تَضْيِيقًا على المسلمين . وفي إقطاع المعادين الباطِنَةِ وَجْهَانِ ، ذَكَرْنَاهُمَا فيما مَضَى .

فصل : ولا يَنْبَغِي أَنْ يَقْطَعَ الإمامُ أَحَدًا من المَوَاتِ ، إِلَّا ما يُمَكِّنُهُ إِحْيَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ في إقطاعِهِ أَكْثَرَ من ذلك تَضْيِيقًا^(٥١) على الناسِ في حَقِّ مُشْتَرَكِ بَيْنِهِمْ ، بما لا فائِدَةَ فيه . فَإِنْ فَعَلَ ، ثُمَّ بَيَّنَّ عَجْزُهُ عن إِحْيائِهِ ، اسْتَرْجَعَهُ مِنْهُ ، كما اسْتَرْجَعَ عُمَرُ من بِلَالِ بنِ الحَارِثِ ما عَجَزَ^(٥٢) عَنْهُ مِنْ^(٥٣) عِمَارَتِهِ من العَقِيقِ ، الَّذِي أَقْطَعَهُ إِيَّاهُ رَسولُ اللَّهِ ﷺ .^(٥٤)

فصل : في الحِمَى ، ومعناه أَنْ يَحْمِيَ أَرْضًا من المَوَاتِ ، يَمْنَعُ النَّاسُ رَعَى ما فيها من الكَلَالِ ، لِيَخْتَصَّ بِها دونهم . وكانت العربُ في الجاهِلِيَّةِ تُعْرِفُ ذلك ، فكان منهم مَنْ إِذَا اتَّجَعَ بَلَدًا أَوْفَى بِكَلْبٍ على نَشْرِ ، ثُمَّ اسْتَعْوَاهُ . وَوَقَفَ لَهُ من كُلِّ نَاحِيَةٍ مَنْ يَسْمَعُ صَوْتَهُ بِالْعَوَاءِ ، فحيثما انْتَهَى صَوْتُهُ حَمَاهُ من كُلِّ نَاحِيَةٍ لِنَفْسِهِ ، وَيَرْعَى مع العامَّةِ فيما سِوَاهُ . فَتَهَى رَسولُ اللَّهِ ﷺ عَنْهُ ؛ لِمَا فِيهِ من التَّضْيِيقِ على الناسِ ، وَمَنْعِهِمْ من الِاتِّفَاعِ بِشَيْءٍ لَهُمْ فِيهِ حَقٌّ . وَرَوَى الصَّعْبُ بنُ جَثَّامَةَ ، قال : سَمِعْتُ رَسولَ اللَّهِ ﷺ يَقولُ : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٥٥) . وقال : « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ : الْمَاءِ ، وَالتَّارِ ، وَالكَلَالِ » رَوَاهُ الْحَلَّالُ^(٥٥) . وليس لأَحَدٍ من الناسِ سِوَى الأَئِمَّةِ أَنْ يَحْمِيَ ؛ لِما ذَكَرْنَا من الخَبَرِ والمعْنَى . فَأَمَّا النَّبِيُّ ﷺ ، فَكان لَهُ أَنْ يَحْمِيَ

(٥٠) في ب ، م : « فَأَرْجَعَهُ » .

(٥١) في الأصل : « تَضْيِيقًا » .

(٥٢ - ٥٣) في ب ، م : « عَنْ » .

(٥٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٣ .

(٥٤) في : باب في الأرض يحميها الإمام أو الرجل ، من كتاب الخراج . سنن أبي داود ١٦٠/٢ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب لا حي إلا لله ولرسوله ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب أهل الدار يبيتون ... ، من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ١٤٨/٣ ، ٧٤/٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨/٤ ، ٧١ ، ٧٣ .

(٥٥) تقدم تخريجه في : ١٤٦/٦ .

لِنَفْسِهِ وَلِلْمُسْلِمِينَ ؛ لقوله في الخبر : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . لَكِنَّهُ لَمْ يَحْمِ
لِنَفْسِهِ شَيْئًا ، وَإِنَّمَا حَمَى لِلْمُسْلِمِينَ ، فَقَدْ رَوَى ابْنُ عَمَرَ ، قَالَ : حَمَى النَّبِيُّ ﷺ
النَّقِيعَ لِخَيْلِ الْمُسْلِمِينَ . رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ^(٥٦) . وَالتَّقِيعُ ، بِالتَّوْنِ : مَوْضِعٌ يَنْتَقِعُ فِيهِ
الْمَاءُ ، فَيَكْثُرُ^(٥٧) فِيهِ الْخَضْبُ ، لِمَكَانٍ مَا يَصِيرُ فِيهِ مِنَ الْمَاءِ . وَأَمَّا سَائِرُ أُمَّةِ
الْمُسْلِمِينَ ، فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَحْمُوا أَنْفُسَهُمْ شَيْئًا ، وَلَكِنْ لَهُمْ أَنْ يَحْمُوا مَوَاضِعَ لِتَرْعَى
فِيهَا خَيْلُ الْمُجَاهِدِينَ ، وَنَعْمُ الْجَزِيَّةُ ، وَإِبِلُ / الصَّدَقَةِ ، وَضَوَالُ النَّاسِ الَّتِي يَقُومُ الْإِمَامُ
بِحِفْظِهَا ، وَمَا شِئَةُ الضَّعِيفِ مِنَ النَّاسِ ، عَلَى وَجْهِ لَا يَسْتَضِرُّ بِهِ مَنْ سِوَاهُ مِنَ النَّاسِ .
وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي صَحِيحِ قَوْلَيْهِ ، وَقَالَ فِي الْآخِرِ : لَيْسَ
لِغَيْرِ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يَحْمِيَ ؛ لقوله : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . وَلَنَا ، أَنَّ عَمَرَ
وَعُثْمَانَ حَمَيَا ، وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ فِي الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِمَا ، فَكَانَ إِجْمَاعًا . وَرَوَى
أَبُو عُبَيْدٍ^(٥٨) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَامِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ ، أَحْسَبُهُ عَنْ أَبِيهِ ، قَالَ : أَتَى
أَعْرَابِيٌّ عَمَرَ ، فَقَالَ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، بِلَادُنَا قَاتِلُنَا عَلَيْهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، وَأَسْلَمْنَا عَلَيْهَا
فِي الْإِسْلَامِ ، عَلَامٌ تَحْمِيهَا ؟ فَأُطْرِقَ عَمْرُ ، وَجَعَلَ يَنْفُخُ ، وَيَقْتُلُ شَارِبَهُ ، وَكَانَ إِذَا
كَرَبَهُ أَمْرٌ قَتَلَ شَارِبَهُ ، وَتَفَخَّ . فَلَمَّا رَأَى الْأَعْرَابِيَّ مَا بِهِ جَعَلَ يُرَدُّ ذَلِكَ ، فَقَالَ عَمْرُ :
الْمَالُ مَالُ اللَّهِ ، وَالْعِبَادُ عِبَادُ اللَّهِ ، وَاللَّهُ لَوْلَا مَا أُحْمِلُ عَلَيْهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ مَا حَمَيْتُ شَيْئًا
مِنَ الْأَرْضِ فِي شَيْءٍ . وَقَالَ مَالِكٌ : بَلَّغْنِي أَنَّهُ كَانَ يَحْمِلُ فِي كُلِّ عَامٍ عَلَى أَرْبَعِينَ أَلْفًا
مِنَ الظَّهْرِ . وَعَنْ أَسْلَمَ ، قَالَ : سَمِعْتُ عَمَرَ يَقُولُ لِهَنْئٍ حِينَ اسْتَعْمَلَهُ عَلَى حِمَى
الرَّبِذَةِ^(٥٩) : يَا هَنْئُ ، أَضْمُمُ جَنَاحَكَ عَنِ النَّاسِ ، وَاتَّقِ دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ فَإِنَّهَا
مُجَابَةٌ . وَأَدْخَلَ رَبُّ الصَّرِيمَةِ وَالْغَنِيمَةِ ، وَدَعْنِي مِنْ نَعَمِ ابْنِ عَوْفٍ وَنَعَمِ ابْنِ عَفَانَ ،

(٥٦) في : باب حمى الأرض ذات الكلا أو الماء . الأموال ٢٩٨ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٥٥/٢ ، ١٥٧ .

(٥٧) في الأصل : « ليكثر » .

(٥٨) في : باب حمى الأرض ذات الكلا أو الماء . الأموال ٢٩٩ .

(٥٩) الربذة : موضع قرب المدينة .

فإنَّهُما إِنْ هَلَكَتْ ماشيتُهُما رَجَعَا إلى نَحْلِ وَزَرَعٍ ، وَإِنْ هَذَا الْمُسْكِينُ إِنْ هَلَكَتْ ماشيتُهُ ، جَاءَ يَصْرُخُ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . فَالْكَلَاءُ أَهْوَنُ عَلَى أُمِّ غُرْمِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ ، إِنَّهَا أَرْضُهُمْ قَاتَلُوا عَلَيْهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، وَأَسْلَمُوا عَلَيْهَا فِي الْإِسْلَامِ ، وَإِنَّهُمْ لَيَرَوْنَ أَنَّا نَظْلِمُهُمْ ، وَلَوْلَا النَّعْمُ الَّتِي يُحْمَلُ عَلَيْهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، مَا حَمَيْتُ عَلَى النَّاسِ مِنْ بِلَادِهِمْ شَيْئًا أَبَدًا . وَهَذَا إِجْمَاعُ مِنْهُمْ . وَلأنَّ مَا كَانَ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، قَامَتِ الْأَئِمَّةُ فِيهِ مَقَامَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَقَدَرُوا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَا أَطْعَمَ اللَّهُ لِنَبِيِّ طُعْمَةً إِلَّا جَعَلَهَا طُعْمَةً لِمَنْ بَعْدَهُ »^(٦٠) . وَأَمَّا الْخَبْرُ فَمَخْصُوصٌ ، وَأَمَّا حِمَاةُ لِنَفْسِهِ ، فَيُفَارِقُ حِمَى النَّبِيِّ ﷺ لِنَفْسِهِ ، لِأَنَّ صَلَاحَهُ يَعُودُ إِلَى صَلَاحِ الْمُسْلِمِينَ ، وَمَالَهُ كَانَ يَرُدُّهُ فِي الْمُسْلِمِينَ ، فَفَارَقَ الْأَئِمَّةَ فِي ذَلِكَ ، وَسَاوَوْهُ فِيمَا كَانَ صَلَاحُ الْمُسْلِمِينَ ، وَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَحْمُوا إِلَّا قَدْرًا لَا يُضَيِّقُ^(٦١) عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَيَضُرُّهُمْ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا جَارَ مَا فِيهِ مِنَ الْمَصْلَحَةِ لِمَا يَحْمَى ، وَلَيْسَ مِنَ الْمَصْلَحَةِ إِذْ خَالَ الضَّرَرُ عَلَى أَكْثَرِ النَّاسِ .

فصل : وما حماه النبي ﷺ ، فليس لأحد نقضه ، ولا/تغييره ، مع بقاء الحاجة ١٣٩/٥ ظ
إليه . ومن أحيًا منه شيئًا لم يملكه . وَإِنْ زَالَتِ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ ، ففِيهِ وَجْهَانِ . وَمَا حمَاهُ غَيْرُهُ مِنَ الْأَئِمَّةِ ، فغَيْرُهُ هُوَ أَوْ غَيْرُهُ مِنَ الْأَئِمَّةِ ، جَارَ . وَإِنْ أَحْيَاهُ إِنْسَانٌ ، مَلَكَهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ حِمَى الْأَئِمَّةِ اجْتِهَادٌ ، وَمِلْكُ الْأَرْضِ بِالْإِحْيَاءِ نَصٌّ ، وَالنَّصُّ يُقَدِّمُ عَلَى الْاجْتِهَادِ . وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، لَا يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّ اجْتِهَادَ الْإِمَامِ لَا يَجُوزُ نَقْضُهُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ نَقْضُ حُكْمِهِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا عَلَى نَحْوِ مَا قُلْنَا .

فصل : في أحكام المياه ، قد ذكرنا في البيع حكم ملكها وبيعها ، وتذكر ههنا حكم السقي بها . فنقول : لا يخلو الماء من حالين ؛ إما أن يكون جاريًا ، أو واقفًا ، فإن كان جاريًا فهو ضربان ؛ أحدهما ، أن يكون في نهر غير مملوك ، وهو قسمان ؛

(٦٠) أخرجه أبو داود ، في : باب صفايا رسول الله ﷺ من الأموال ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٣٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/١ .

(٦١) في ب ، م زيادة : « به » .

أحدهما ، أن يكون نَهْرًا عَظِيمًا ، كالتَّيْلِ وَالْفُرَاتِ وَدِجْلَةَ ، وما أَشَبَّهَا مِنَ الْأَنْهَارِ الْعَظِيمَةِ ، التي لَا يَسْتَضِيرُّ أَحَدٌ بِسَقْيِهِ مِنْهَا ، فهذا لَا تَزَاحُمَ فِيهِ ، ولكلُّ أَحَدٍ أَنْ يَسْقَى مِنْهَا مَا شَاءَ ، متى شَاءَ ، وكيف شَاءَ . القسم الثاني ، أن يكون نَهْرًا صَغِيرًا يَزْدَحِمُ النَّاسُ فِيهِ ^(٦٢) ، وَيَتَشَاوُونَ فِي مَائِهِ ، أَوْ سَيَلًا ^(٦٣) يَتَشَاوُ فِيهِ أَهْلُ الْأَرْضِ ^(٦٤) الشَّارِبَةُ مِنْهُ ، فَإِنَّهُ يُبْدَأُ بِمَنْ فِي أَوَّلِ النَّهْرِ ، فَيَسْقَى وَيَحْبِسُ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ إِلَى الْكَعْبِ ، ثُمَّ يُرْسِلُ إِلَى الَّذِي يَلِيهِ فَيَصْنَعُ كَذَلِكَ ، وعلى هذا إِلَى أَنْ تَنْتَهِيَ الْأَرْضُ كُلُّهَا . فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ عَنِ الْأَوَّلِ شَيْءٌ ، أَوْ عَنِ الثَّانِي ، أَوْ عَمَّنْ يَلِيهِمْ فَلَا شَيْءَ ^(٦٥) لِلْبَاقِينَ ؛ لِأَنَّهُمْ ^(٦٦) لَيْسَ لَهُمْ إِلَّا مَا فَضَّلَ ، فَهَمُ كَالْعَصْبَةِ فِي الْمِيرَاثِ . وهذا قَوْلُ فَقْهَاءِ الْمَدِينَةِ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا . وَالْأَصْلُ فِي هَذَا مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ ، أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ خَاصَمَ الزُّبَيْرَ فِي شِرَاجِ الْحَرَّةِ ، التي يَسْقُونَ بِهَا ، إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ ﷺ : « اسْقِ يَا زُبَيْرُ ، ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ » . فَعَضِبَ الْأَنْصَارِيُّ ، وَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ ؟ قَتَلُونَ وَجْهَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، ثُمَّ قَالَ : « يَا زُبَيْرُ اسْقِ ، ثُمَّ احْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الْجَدْرِ » . قَالَ الزُّبَيْرُ : فَوَاللَّهِ إِنِّي لَأُحْسِبُ هَذِهِ الْآيَةَ نَزَلَتْ فِيهِ : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾ ^(٦٧) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦٨) . وَرَوَاهُ مَالِكٌ ، فِي

(٦٢) سقط من : الأصل .

(٦٣) في النسخ : « سيل » .

(٦٤) في الأصل : « الأرضين » .

(٦٥) في الأصل : « حق » .

(٦٦) في ب ، م ، « لأنه » .

(٦٧) سورة النساء ٦٥ .

(٦٨) أخرجه البخاري ، في : باب سكر الأنهار ، وباب شرب الأعلى قبل الأسفل ، وباب شرب الأعلى إلى الكعبين ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب إذا أشار الإمام بالصلح ... ، من كتاب الصلح ، وفي : باب ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ﴾ ... ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ١٤٥/٣ ، ١٤٦ ، ٢٤٥ ، ٥٧/٦ ، ٥٨ . ومسلم ، في : باب وجوب اتباعه ﷺ ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم = ١٨٣٠ ، ١٨٢٩/٤ .

« مَوْطِئِهِ »^(٦٩) عن الزُّهْرِيِّ ، عن عُرْوَةَ ، عن عبدِ الله بن الزُّبَيْرِ . وَذَكَرَ عَنْهُ
عبدُ الرَّزَّاقِ^(٧٠) ، عن مَعْمَرٍ ، عن الزُّهْرِيِّ قَالَ : نَظَرْنَا فِي قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « ثُمَّ
اِحْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَتَلَعَّ إِلَى الْجَدْرِ / » . فَكَانَ ذَلِكَ إِلَى الْكَعْبَيْنِ . قَالَ أَبُو عُيَيْنَةَ : ١٤٠/٥ و
الشَّرَاجُ : جَمْعُ شَرْجٍ ، وَالشَّرْجُ : نَهْرٌ صَغِيرٌ ، وَالْحَرَّةُ : أَرْضٌ مُلْتَبِسَةٌ بِحِجَارَةٍ
سَوْدٍ ، وَالْجَدْرُ : الْجِدَارُ ، وَإِنَّمَا أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ الزُّبَيْرَ أَنْ يَسْقَى ثُمَّ يَرْسِلَ الْمَاءَ ، تَسْهِيلًا
عَلَى غَيْرِهِ ، فَلَمَّا قَالَ الْأَنْصَارِيُّ مَا قَالَ ، اسْتَوْعَى النَّبِيُّ ﷺ الزُّبَيْرَ حَقَّهُ . وَرَوَى
مَالِكٌ ، فِي « الْمَوْطِئِ »^(٧٠) أَيْضًا ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ خَزْمٍ ، أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ
رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي سَبِيلِ مَهْزُوزٍ وَمُذْنِيبٍ : « يُمَسِّكُ حَتَّى الْكَعْبَيْنِ ، ثُمَّ يَرْسِلُ
الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ » . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : هَذَا حَدِيثٌ مَدْنِيٌّ ، مَشْهُورٌ عِنْدَ أَهْلِ
الْمَدِينَةِ ، مَعْمُولٌ بِهِ عِنْدَهُمْ . قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ حَبِيبٍ : مَهْزُوزٌ وَمُذْنِيبٌ : وَادِيَانِ
مِنْ أَوْدِيَةِ الْمَدِينَةِ ، يَسِيلَانِ بِالْمَطَرِ ، وَتَتَنَافَسُ أَهْلُ الْحَوَائِطِ فِي سَبِيلِهِمَا . وَرَوَى أَبُو
دَاوُدَ^(٧١) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ ثَعْلَبَةَ بْنِ أَبِي مَالِكٍ ، أَنَّهُ سَمِعَ كُبْرَاءَهُمْ يَذْكُرُونَ ، أَنَّ رَجُلًا
مِنْ قُرَيْشٍ كَانَ لَهُ سَهْمٌ فِي بَنِي قُرَيْظَةَ ، فَخَاصَمَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي سَبِيلِ مَهْزُوزٍ
وَالسَّبِيلِ الَّذِي يَقْتَسِمُونَ مَاءَهُ ، فَقَضَى بَيْنَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ الْمَاءَ إِلَى الْكَعْبَيْنِ ، لَا
يَحْبِسُ الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ . وَلَأنَّ مِنْ أَرْضِهِ قَرِيْبَةً مِنْ قُوْهِ التَّهْرِ أَسْبَقُ إِلَى الْمَاءِ ، فَكَانَ

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢/٢٨٣ ، ٢٨٤ .
والترمذی ، في : باب ما جاء في الرجلين يكون أحدهما أسفل من الآخر في الماء ، من أبواب الأحكام ، عارضة
الأحوذ ٦/١١٩ ، ١٢٠ . والنسائي ، في : باب الرخصة للحاكم الأمين أن يحكم وهو غضبان ، وباب إشارة
الحاكم بالرفق ، من كتاب القضاء . المجتبى ٨/٢٠٩ ، ٢١٥ . وابن ماجه ، في : باب تعظيم حديث رسول
الله ، من المقدمة ، وفي : باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه
٨ ، ٧/٢ ، ٨٢٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/٥ .

(٦٩) لم نجده في الموطأ ، ولا في مصنف عبد الرزاق .

(٧٠) في : باب القضاء في المياه ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٤٤ .

(٧١) في : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢/٢٨٤ .

أَوَّلَى بِهِ ، كَمَنْ سَبَقَ إِلَى الْمَشْرِعَةِ ، فَإِنْ كَانَتْ أَرْضُ صَاحِبِ الْأَعْلَى مُخْتَلِفَةً ، مِنْهَا مُسْتَعْلِيَّةٌ وَمِنْهَا مُسْتَفِلَّةٌ ، سَقَى كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَلَى حَدِّتِهَا ، وَإِنْ اسْتَوَى اثْنَانِ فِي الْقُرْبِ مِنْ أَوَّلِ النَّهْرِ ، اقْتَسَمَا الْمَاءَ بَيْنَهُمَا إِنْ أَمَكَنَّ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَقُدِّمَ مَنْ تَقَعَ لَهُ الْقُرْعَةُ ، فَإِنْ كَانَ الْمَاءُ لَا يَفْضُلُ عَنْ أَحَدِهِمَا ، سَقَى مَنْ تَقَعَ لَهُ الْقُرْعَةُ بِقَدْرِ حَقِّهِ مِنَ الْمَاءِ ، ثُمَّ تَرَكَهَ لِلْآخِرِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْقَى بِجَمِيعِ الْمَاءِ ؛ لِأَنَّ الْآخَرَ يُسَاوِيهِ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمَاءِ ، وَإِنَّمَا الْقُرْعَةُ لِلتَّقْدِيمِ فِي اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ ، لَا فِي أَصْلِ الْحَقِّ ، بِخِلَافِ الْأَعْلَى مَعَ الْأَسْفَلِ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلْأَسْفَلِ حَقٌّ إِلَّا فِيمَا فَضَّلَ عَلَى الْأَعْلَى . فَإِنْ كَانَتْ أَرْضُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنْ أَرْضِ الْآخَرِ ، قُسِمَ الْمَاءُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَ مِنْ أَرْضِ أَحَدِهِمَا مُسَاوٍ فِي الْقُرْبِ ، فَاسْتَحَقَّ جُزْءًا^(٧٢) مِنَ الْمَاءِ ، كَمَا لَوْ كَانَ لِشَخْصٍ ثَالِثٍ . وَإِنْ كَانَ لِجَمَاعَةٍ رَسْمٌ شَرِبَ ، مِنْ نَهْيٍ^(٧٣) غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، أَوْ سَبِيلٍ ، وَجَاءَ إِنْسَانٌ لِيُحْيِيَ مَوَاتًا أَقْرَبَ إِلَى رَأْسِ النَّهْرِ مِنْ أَرْضِهِمْ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَسْقَى قَبْلَهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ أَسْبَقُوا إِلَى النَّهْرِ مِنْهُ ، وَلِأَنَّ مَنْ مَلَكَ أَرْضًا مَلَكَهَا بِحُقُوقِهَا وَمَرَاقِقِهَا ، وَلَا يَمْلِكُ غَيْرُهُ إِبْطَالَ حُقُوقِهَا / ، وَهَذَا مِنْ حُقُوقِهَا . وَهَلْ لَهُمْ مَنَعُهُ مِنْ إِخْيَاءِ ذَلِكَ الْمَوَاتِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ لَهُمْ مَنَعُهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ فِي النَّهْرِ لَا فِي الْمَوَاتِ . وَالثَّانِي ، لَهُمْ مَنَعُهُ ، لِثَلَاثِ يَصِيرُ ذَلِكَ ذَرِيعَةً إِلَى مَنَعِهِمْ حَقَّهُمْ مِنَ السَّقْيِ ، لِتَقْدِيمِهِ عَلَيْهِمْ بِالْقُرْبِ إِذَا طَالَ الزَّمَانُ وَجُهْلُ الْحَالِ . فَإِذَا قُلْنَا : لَيْسَ لَهُمْ مَنَعُهُ . فَسَبَقَ إِنْسَانٌ إِلَى مَسِيلِ مَاءٍ أَوْ نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، فَأَخْيَا فِي أَسْفَلِهِ مَوَاتًا ، ثُمَّ أَخْيَا آخَرَ فَوْقَهُ ، ثُمَّ أَخْيَا ثَالِثًا فَوْقَ الثَّانِي ، كَانَ لِلْأَسْفَلِ السَّقْيُ أَوَّلًا ، ثُمَّ الثَّانِي ، ثُمَّ الثَّالِثُ ، وَيُقَدِّمُ السَّبْقُ إِلَى الْإِخْيَاءِ عَلَى السَّبْقِ إِلَى أَوَّلِ النَّهْرِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : الضَّرْبُ الثَّانِي ، الْمَاءُ^(٧٤) الْجَارِي فِي نَهْرٍ مَمْلُوكٍ ، وَهُوَ أَيْضًا قِسْمَانِ ؛
أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ الْمَاءُ مُبَاحَ الْأَصْلِ ، مِثْلُ أَنْ يَخْفِرَ إِنْسَانٌ نَهْرًا صَغِيرًا ، يَتَّصِلُ بِنَهْرٍ

(٧٢) فِي الْأَصْلِ : « قَدَرًا » .

(٧٣) النَّهْيُ ؛ بِالْكَسْرِ وَالْفَتْحِ : الْغَدِيرُ .

(٧٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

كبير مباح ، فما لم يتصل الحفر لا يملكه ، وإنما هو تحجر وشروع في الإحياء ، فإذا اتصل الحفر ، كمل الإحياء وملكه ؛ لأن الملك بالإحياء أن تنتهي العمارة إلى قصدها ، بحيث يتكرر الانتفاع بها على صورتها ، وهذا كذلك . وسواء أجرى فيه الماء أو لم يُجر ، لأن الإحياء يحصل بأن يهيئه للانتفاع به دون حصول المنفعة ، فيصير مالكا لقرار النهر وحافته ، وهو آؤه حق له ، وكذلك حريمه ، وهو ملقى الطين من كل جانب . وعند القاضي أن ذلك غير مملوك لصاحب النهر ، وإنما هو حق من حقوق الملك ، وكذلك حريم البئر . وهذا مذهب الشافعي . وظاهر قول الخرقي ، أنه مملوك لصاحبه ؛ لقول رسول الله ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَمْ تُمْلِكْ ، فَهِيَ لَهُ » (٧٥) . وإحيائها أن يحوط عليها حائطاً ، أو يخفر فيها بئراً ، فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حوالها ، وحريم النهر يجب أن يكون كذلك . فإذا تقرر هذا ، فكان النهر لجماعة ، فهو بينهم على حسب العمل والتفقه ؛ لأنه إنما ملك بالعمارة ، والعمارة بالتفقه ، فإن كفى جميعهم ، فلا كلام ، وإن لم يكفهم ، وتراضوا على قسمته بالمهاياة أو غيرها ، جاز ؛ لأنه حقهم ، لا يخرج عنهم . وإن تشاحوا في قسمته ، قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم ؛ لأن كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك ، فتؤخذ خشبة صلبة ، أو حجر مستوي الطرفين والوسط ، فيوضع على موضع مستوي من الأرض ، في مقدم الماء ، فيه خزوز ، أو ثقب متساوية في السعة على قدر حقوقهم ، يخرج من كل جزء أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم ، فإذا حصل الماء في ساقيته انفرده ، فإن كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك ، فإذا كان لأحدهم نصفه ، وللآخر ثلثه ، وللثالث (٧٦) / سدسه ، جعل فيه ستة ثقوب ، ولصاحب النصف ثلاثة (٧٧) ثقب في ساقيته ، ولصاحب الثلث اثنان ، ولصاحب السدس واحد (٧٧) . وإن كان لواحد الخمسان ، والباقي لاثنتين يتساويان فيه ، جعل

١٤١/٥ و

(٧٥) تقدم ترجمته في صفحة ١٤٥ .

(٧٦) في ب ، م : « ولا آخر » .

(٧٧ - ٧٧) سقط من : الأصل .

عَشْرَةُ ثُقُوبٍ لِصَاحِبِ الْخُمْسَيْنِ أَرْبَعَةٌ تُصُبُّ فِي سَاقِيَّتِهِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرَيْنِ ثَلَاثَةٌ تُصَبُّ فِي سَاقِيَّتِهِ ^(٧٨) . فَإِنْ كَانَ النَّهْرُ لِعَشْرَةٍ ، لِخُمْسِيَةٍ مِنْهُمْ أَرْضٌ قَرِيبَةٌ مِنْ أَوَّلِ النَّهْرِ ، وَلِخُمْسِيَةٍ أَرْضٌ بَعِيدَةٌ ، جُعِلَ لِأَصْحَابِ الْقَرِيبَةِ خُمْسَةٌ ^(٧٩) ثُقُوبٍ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ ثُقُبٌ ^(٨٠) ، وَجُعِلَ لِلْبَاقِينَ خُمْسَةٌ ، تَجْرِي فِي النَّهْرِ حَتَّى تَصِلَ إِلَى أَرْضِهِمْ ، ثُمَّ تُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ قِسْمَةً أُخْرَى . وَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يُجْرِيَ مَاءَهُ فِي سَاقِيَةِ غَيْرِهِ ، لِيُقَاسِمَهُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، لَمْ يَجْزِ إِلَّا بِرِضَاؤِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي سَاقِيَّتِهِ ، وَيَحْرُبُ حَافَتَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَيَخْلِطُ حَقَّهُ بِحَقِّ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِهِ لَا يَتَمَيَّزُ ، فَلَمْ يَجْزِ ذَلِكَ . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِنَا : إِنَّ الْمَاءَ لَا يُمْلِكُ . أَنَّ حُكْمَ الْمَاءِ فِي هَذَا النَّهْرِ حُكْمُهُ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، وَأَنَّ الْأَسْبَقَ أَحَقُّ بِالسَّقْيِ مِنْهُ ، ثُمَّ الَّذِي يَلِيهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ ، فَكَانَ الْأَسْبَقُ إِلَيْهِ أَحَقُّ بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلِّهِ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِذَا حَصَلَ نَصِيبُ إِنْسَانٍ فِي سَاقِيَّتِهِ ^(٨١) ، فَلَهُ أَنْ يَسْقِيَ بِهِ مَا شَاءَ مِنَ الْأَرْضِ ، سِوَاءَ كَانَ لَهَا رَسْمٌ شَرِبَ مِنْ هَذَا النَّهْرِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَلَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ مَنْ يَسْقِي بِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لَهُ سَقْيُ أَرْضٍ لَيْسَ لَهَا رَسْمٌ شَرِبَ فِي ^(٨٢) هَذَا الْمَاءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَالٌّ عَلَى أَنَّ لَهَا قِسْمًا ^(٨٣) مِنْ هَذَا الْمَاءِ ، فَرُبَّمَا جُعِلَ سَقْيُهَا مِنْهُ دَلِيلًا عَلَى اسْتِحْقَاقِهَا لِلذَّكَاءِ ، فَيَسْتَضِيرُّ الشُّرَكَاءُ ، وَيَصِيرُ هَذَا كَمَا لَوْ كَانَ لَهُ دَارٌ بِأُيُهَا فِي دَرْبٍ لَا يَنْفُذُ ، وَدَارٌ بِأُيُهَا فِي دَرْبٍ آخَرَ ، ظَهَرُهَا مُلَاصِقٌ لظَهْرِ دَارِهِ الْأُولَى ، فَأَرَادَ تَنْفِيذَ إِحْدَاهُمَا إِلَى الْآخَرَى ، لَمْ يَجْزِ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ لِنَفْسِهِ اسْتِطْرَاقًا مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ

(٧٨) فِي ب ، م : « سَاقِيَةٍ لَهُ » .

(٧٩) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٨٠) فِي الْأَصْلِ : « نَهْرٍ » .

(٨١) فِي ب ، م : « سَاقِيَةٍ » .

(٨٢) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ » .

(٨٣) فِي ب ، م : « قِسْمَانِ » . وَفِي الْأَصْلِ : « قِسْمٍ » . وَلَعَلَّ الصَّوَابَ مَا أَثْبَتَاهُ .

من الدارين . ولنا ، أن هذا ماءً انفردَ باستحقاقه ، فكان له أن يسقى منه ما شاء ، كما لو انفردَ به من أصله . ولا نسلّم ما ذكرّوه في الدارين ، وإن سلّمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها ^(٨٤) إلى دَرَبٍ ^(٨٥) مُشْتَرَكٍ ؛ لأن الظاهر أن لكل دار سُكَّانًا ، فيجعل لسُكَّان كل واحدة منهما استطرًا إلى دَرَبٍ غير نافذ ، لم يكن لهم حق في استطراقه ، وههنا إنما يسقى من ساقيته المفردة التي لا يشاركه غيره فيها ، فلو صار لملك الأرض رسم من الشرب من ساقيته ، لم يتضرر بذلك أحد . ولو كان يسقى من هذا النهر يدولاب ، فأحب أن / يسقى بذلك الماء أرضًا لا رسم لها في الشرب من ذلك النهر ، فالحكم في ذلك على ما ذكرنا من الخلاف في التي قبلها . وإن كان الدولاب يعرف من نهر غير مملوك ، جاز أن يسقى بنصيبه من الماء أرضًا لا رسم لها في الشرب منه ، بغير خلاف تعلمه . فإن ضاق الماء ، قدّم الأسبق فالأسبق ، على ما مضى .

١٤١/٥ ظ

فصل : ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما أحب ، من إجراء غير هذا الماء فيها ، أو عمل رَحَى عليها ، أو دولاب ، أو عِبَّارَةٍ ، وهي خَشَبَةٌ تُمدُّ على طرفي النهر ، أو قنطرة يعبر الماء فيها ، وغير ذلك من التصرفات ؛ لأنها ملكه ، لا حق لغيره فيها . فأما النهر المشترك ، فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك ؛ لأنه يتصرف في النهر المشترك وفي حريمه بغير إذن شركائه . وقال القاضي في العبارة : هذا ينبنى على الروايتين ، في من أراد أن يجري ماءً في أرض غيره . والصحيح أنه لا يجوز ههنا ، ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء في أرض غيره ؛ لأن إجراء الماء في أرض غيره ^(٨٥) يتفَعَّ صاحبها ، لأنه يسقى عُروق شجره ، ويشربه أولاً وآخرًا . وهذا ^(٨٦) لا يتفَعَّ النهر ، بل ربّما أفسد حافتيه ، ولم يسق له شيء . ولو أراد أحد

(٨٤ - ٨٤) في ب ، م : « درب آخر » .

(٨٥) سقط من : ب ، م .

(٨٦) في الأصل : « ولأن هذا » .

الشُّرَكَاءُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَاءِ^(٨٧) النَّهْرِ قَبْلَ قَسْمِهِ شَيْئًا يَسْقَى بِهِ أَرْضًا فِي أَوَّلِ النَّهْرِ أَوْ غَيْرِهِ ، أَوْ أَرَادَ إِنْسَانٌ غَيْرَهُمْ ذَلِكَ ، لَمْ يَجْزْ ؛ لَأَنَّهُمْ صَارُوا أَحَقَّ بِالْمَاءِ الْجَارِي فِي نَهْرِهِمْ مِنْ غَيْرِهِمْ ، وَلَأنَّ الْأَخْذَ مِنَ الْمَاءِ رَبُّمَا احتَاجَ إِلَى تَصَرُّفٍ فِي حَافَةِ النَّهْرِ الْمَمْلُوكِ لغيرِهِ ، أَوْ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ . وَلَوْ فَاضَ مَاءُ هَذَا النَّهْرِ إِلَى مَلِكٍ إِنْسَانٍ ، فَهُوَ مُبَاحٌ ، كَالطَّائِرِ يُعَشِّشُ فِي مَلِكٍ إِنْسَانٍ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِيهِ نَحْوُ مِمَّا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِنْ قَسَمُوا مَاءَ النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ بِالْمُهَايَاةِ ، جَازَ ، إِذَا تَرَاضَوْا بِهِ ، وَكَانَ حَقُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَعْلُومًا ، مِثْلُ أَنْ يَجْعَلُوا لِكُلِّ حَصَّةٍ يَوْمًا وَلَيْلَةً ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَقَلَّ . وَإِنْ قَسَمُوا النَّهَارَ ، فَجَعَلُوا لِوَاحِدٍ مِنْ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى وَقْتِ الزَّوَالِ ، وَلِلْآخَرِ مِنَ الزَّوَالِ إِلَى الْغُرُوبِ ، وَنَحْوُ ذَلِكَ ، جَازَ . وَإِنْ قَسَمُوهُ سَاعَاتٍ ، وَأَمَكَنَ ضَبْطُ ذَلِكَ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ ، كَطَاسَةِ مَنَقُوبَةٍ تُتْرَكُ فِي الْمَاءِ ، وَفِيهَا عَلَامَاتٌ إِذَا انْتَهَى الْمَاءُ إِلَى عِلَامَةٍ كَانَتْ سَاعَةً ، وَإِذَا انْتَهَى إِلَى الْآخَرَى كَانَتْ سَاعَتَيْنِ ، أَوْ زُجَاجَةً فِيهَا رَمْلٌ ، يَنْزِلُ مِنْ أَغْلَاهَا إِلَى أَسْفَلِهَا فِي سَاعَةٍ أَوْ سَاعَتَيْنِ ، ثُمَّ يَقْلِبُهَا فَيَعُودُ الرَّمْلُ إِلَى الْمَوْضِعِ الَّذِي كَانَ فِيهِ فِي مِثْلِ ذَلِكَ الْمِقْدَارِ ، أَوْ بِمِيزَانِ الشَّمْسِ الَّذِي تُعْرَفُ بِهِ سَاعَاتُ النَّهَارِ ، أَوْ بِمَنَازِلِ / الْقَمَرِ فِي اللَّيْلِ ، وَنَحْوُ ذَلِكَ ، جَازَ . فَإِذَا حَصَلَ الْمَاءُ لِأَحَدِهِمْ فِي نَوَيْتِهِ ، فَأَرَادَ أَنْ يَسْقَى بِهِ أَرْضًا لَيْسَ لَهَا رَسْمٌ شَرِبَ مِنْ هَذَا ، أَوْ يُؤْثِرَ بِهِ إِنْسَانًا ، أَوْ يُقْرِضَهُ إِيَّاهُ ، عَلَى وَجْهِ لَا يَتَصَرَّفُ فِي حَافَةِ النَّهْرِ ، جَازَ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ فِي مِثْلِ ذَلِكَ . وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ النَّوْبَةِ أَنْ يُجْرِيَ مَعَ مَائِهِ مَاءً لَهْ آخَرَ ، يَسْقَى بِهِ أَرْضَهُ الَّتِي لَهَا رَسْمٌ شَرِبَ مِنْ هَذَا النَّهْرِ ، أَوْ أَرْضًا لَهْ أُخْرَى ، أَوْ سَأَلَ إِنْسَانٌ أَنْ يُجْرِيَ مَاءً لَهْ مَعَ مَائِهِ فِي هَذَا النَّهْرِ ، لِيُقَاسِمَهُ إِيَّاهُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، عَلَى وَجْهِ لَا يَضُرُّ بِالنَّهْرِ ، وَلَا بِأَحَدٍ ، جَازَ ذَلِكَ ، فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَصْحَابِنَا ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا فِي مَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا : جَازَ أَنْ يُجْرِيَ فِيهَا مَاءً فِي نَهْرٍ مَحْفُورٍ ، إِذَا كَانَ فِيهَا . وَلَأنَّهُ

١٤٢/٥ و

(٨٧) سقط من : ب ، م ،

مُسْتَحَقٌّ لِنَفْعِ النَّهْرِ فِي تَوَيْتِهِ بِإِجْرَاءِ الْمَاءِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَهَا لذلِكَ .

فصل : القسم الثاني ، أن يكون مَتَّبِعُ الْمَاءِ مَمْلُوكًا ، مثل أن يَشْتَرِكَ جَمَاعَةٌ فِي اسْتِنْبَاطِ عَيْنٍ وَإِجْرَائِهَا ، فَإِنَّهُمْ يَمْلِكُونَهَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ ذلِكَ إِحْيَاءُهَا ، وَيَشْتَرِكُونَ فِيهَا ، وَفِي سَاقِيَتِهَا ، عَلَى حَسَبِ مَا اتَّفَقُوا عَلَيْهَا ، وَعَمِلُوا فِيهَا ، كَمَا ذَكَرْنَا ^(٨٨) فِي النَّهْرِ ^(٨٨) ، فِي الْقِسْمِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا ، إِلَّا أَنَّ الْمَاءَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ نَمَّ ، لِأَنَّهُ مُبَاحٌ دَخَلَ مِلْكَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ دَخَلَ صَيِّدٌ بُسْتَانَهُ ، وَهَهُنَا يُخْرِجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ أَصْحُهُمَا أَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ أَيْضًا . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذلِكَ . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، فَلِكُلِّ أَحَدٍ أَنْ يَسْتَقِيَ مِنَ الْمَاءِ الْجَارِي لِشَرِبِهِ وَوُضُوئِهِ وَغُسْلِهِ وَغَسْلِ ثِيَابِهِ ، وَيَتَنَفَّعَ بِهِ فِي أَشْبَاهِ ذلِكَ ، مِمَّا لَا يُؤْثَرُ فِيهِ ، مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، إِذَا لَمْ يَدْخُلْ إِلَيْهِ فِي مَكَانٍ مُحَوِّطٍ عَلَيْهِ . وَلَا يَحِلُّ لِصَاحِبِهِ الْمَنْعُ مِنْ ذلِكَ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « ثَلَاثَةٌ لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَيْهِمْ ، وَلَا يُزَكِّيهِمْ ، وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ؛ رَجُلٌ كَانَ يَفْضُلُ مَاءً بِالطَّرِيقِ ، فَمَنَعَهُ ابْنُ السَّبِيلِ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(٨٩) ، وَعَنْ بُهَيْسَةَ ^(٩٠) ، عَنْ أَبِيهَا ، أَنَّهُ قَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « الْمَاءُ » . قَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « الْمِلْحُ » . قَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « أَنْ تَفْعَلَ الْخَيْرَ خَيْرَ لَكَ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٩١) . وَلِأَنَّ ذلِكَ لَا يُؤْثَرُ فِيهِ ^(٩٢) فِي الْعَادَةِ ، وَهُوَ فَاضِلٌ عَنْ حَاجَةِ صَاحِبِ النَّهْرِ . فَأَمَّا مَا يُؤْثَرُ فِيهِ ، كَسَقْيِ الْمَاشِيَةِ الْكَثِيرَةِ ، وَنَحْوِ ذلِكَ ، فَإِنْ فَضَّلَ الْمَاءُ عَنْ حَاجَةِ صَاحِبِهِ ، لَزِمَهُ بَذْلُهُ لذلِكَ ، وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ ، لَمْ يَلْزَمْهُ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذلِكَ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ .

(٨٨ - ٨٨) سقط من : ب ، م .

(٨٩) في : باب إثم من منع ابن السبيل من الماء ، من كتاب المساقاة . صحيح البخاري ١٤٥/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في منع الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٤٩ . وابن ماجه ، في : باب ما جاء في كراهية الأيمان في الشراء والبيع ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤٤ .

(٩٠) في ١ ، م : « بهية » .

(٩١) تقدم تخريجه في : ٣٧٨/٦ .

(٩٢) سقط من : ب ، م .

فصل: إذا كان النَّهْرُ أو السَّاقِيَةُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ جَمَاعَةٍ ، فَإِنْ أَرَادُوا إِكْرَاءَهُ / أو سَدَّ بَقِيَ فِيهِ ، أو إِصْلَاحَ حَائِطِهِ ، أو شَيْءٍ مِنْهُ ، كَانَ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ عَلَى حَسَبِ مَلِكِهِمْ فِيهِ ، فَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ أَذْنَى إِلَى أَوَّلِهِ مِنْ بَعْضٍ ، اشْتَرَكَ الْكُلُّ فِي إِكْرَائِهِ وَإِصْلَاحِهِ ، إِلَى أَنْ يَصِلُوا إِلَى الْأَوَّلِ ، ثُمَّ لَا شَيْءَ عَلَى الْأَوَّلِ ، وَيَشْتَرِكُ الْبَاقُونَ حَتَّى يَصِلُوا إِلَى الثَّانِي ، ثُمَّ يَشْتَرِكُ مَنْ بَعْدَهُ كَذَلِكَ ، كُلُّمَا انْتَهَى الْعَمَلُ إِلَى مَوْضِعٍ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ فِيمَا بَعْدَهُ شَيْءٌ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَشْتَرِكُ جَمِيعُهُمْ فِي إِكْرَائِهِ كُلِّهِ ، لِأَنَّهُمْ يَنْتَفِعُونَ بِجَمِيعِهِ ، فَإِنْ مَا جَاوَزَ الْأَوَّلُ مَصَبَّ لِمَائِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَسْقِ أَرْضَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَوَّلَ إِنَّمَا يَنْتَفِعُ بِالْمَاءِ الَّذِي فِي مَوْضِعِ شَرْبِهِ ، وَمَا بَعْدَهُ إِنَّمَا يَخْتَصُّ بِالْإِنْتِفَاعِ بِهِ مِنْ دُونِهِ ، فَلَا يُشَارِكُهُمْ فِي مُؤْنَتِهِ ، كَمَا لَا يُشَارِكُهُمْ فِي نَفْعِهِ ، فَإِنْ كَانَ يُفْضَلُ عَنْ جَمِيعِهِمْ مِنْهُ مَا يَخْتَاجُ إِلَى مَصْرِفٍ ، فَمُؤْنَةُ ذَلِكَ الْمَصْرِفِ عَلَى جَمِيعِهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ يَشْتَرِكُونَ فِي الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، وَالْإِنْتِفَاعِ بِهِ ، فَكَانَتْ مُؤْنَتُهُ عَلَيْهِمْ كُلِّهِمْ ، كَأَوَّلِهِ .

٩١٥ - مسألة ؛ قال : (وإحياء الأرض أن يحوط عليها حائطاً)

ظَاهِرُ كَلَامِ الْجَرَقِيِّ ، أَنَّ تَحْوِيطَ الْأَرْضِ إِحْيَاءَ لَهَا ، سَوَاءً أَرَادَهَا لِلْبِنَاءِ ، أَوْ لِلزَّرْعِ ، أَوْ حَظِيرَةٍ لِلْعَنَمِ ، أَوْ الْحَشَبِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ . وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ عَلَى بْنِ سَعِيدٍ ، فَقَالَ : الْإِحْيَاءُ أَنْ يُحَوِّطَ عَلَيْهَا حَائِطًا ، أَوْ يَحْفَرَ فِيهَا بَقْرًا أَوْ نَهْرًا . وَلَا يُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ تَسْقِيفٌ ؛ وَذَلِكَ لِمَا رَوَى الْحَسَنُ ، عَنْ سَعْرَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ ، فَهِيَ لَهُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي « مُسْتَدْرَكِهِ » ^(١) . وَيُرْوَى عَنْ جَابِرٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِثْلَهُ ^(٢) . وَلِأَنَّ الْحَائِطَ حَاجِزٌ مَبْنِيٌّ ، فَكَانَ إِحْيَاءً ، أَشْبَهَ مَا لَوْ جَعَلَهَا حَظِيرَةً لِلْعَنَمِ . وَيُبَيِّنُ هَذَا أَنَّ الْقَصْدَ لَا اعْتِبَارَ

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في إحياء الموات ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٩/٢ . والإمام أحمد ،

في : المسند ١٢/٥ ، ٢١ .

(٢) لم نجده عن جابر .

به ، بِدَلِيلٍ مَا لَوْ أَرَادَهَا حَظِيرَةً لِلْعَنَمِ ، فَبَنَاهَا بِجِصٍّ وَآجُرٍّ ، وَقَسَمَهَا يُيُوتًا ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُهَا ، وَهَذَا لَا يُصْنَعُ لِلْعَنَمِ مِثْلُهُ . وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْحَائِطُ مَبْنًى يَمْنَعُ مَا وَرَاءَهُ ، وَيَكُونُ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِمِثْلِهِ . وَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْبُلْدَانِ ، فَلَوْ كَانَ مِمَّا جَرَتْ عَادَتُهُمْ بِالْحِجَارَةِ وَحَدَّهَا ، كَأَهْلِ حَوْرَانَ وَفِلَسْطِينَ وَغَيْرِهَا^(٣) ، أَوْ بِالطِّينِ ، كَالْفُطَايِرِ لِأَهْلِ غُوطَةِ دِمَشْقَ ، أَوْ بِالخَشَبِ أَوْ بِالْقَصَبِ ، كَأَهْلِ الْغَوْرِ ، كَانَ ذَلِكَ إِحْيَاءً . وَإِنْ بَنَاهُ بِأَرْفَعٍ مِمَّا جَرَتْ بِهِ عَادَتُهُمْ^(٤) ، كَانَ أَوْلَى . وَقَالَ الْقَاضِي : فِي صِفَةِ الْإِحْيَاءِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، مَا ذَكَّرْنَا . وَالثَّانِيَّةُ ، الْإِحْيَاءُ مَا تَعَارَفَهُ / النَّاسُ إِحْيَاءٌ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِتَعْلِيْقِ الْمَلِكِ عَلَى الْإِحْيَاءِ ، وَلَمْ يُبَيِّنْهُ ، وَلَا ذَكَرَ كَيْفِيَّتَهُ ، فَيَجِبُ الرُّجُوعُ فِيهِ إِلَى مَا كَانَ إِحْيَاءً فِي الْعُرْفِ ، كَمَا أَنَّهُ لَمَّا وَرَدَ بِاعْتِبَارِ الْقَبْضِ وَالْحِرْزِ ، وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّتَهُ ، كَانَ الْمَرْجِعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ ، وَلِأَنَّ الشَّارِعَ لَوْ عَلَّقَ الْحُكْمَ عَلَى مُسَمًّى بِاسْمٍ ، لَتَعَلَّقَ بِمُسَمَّاهُ عِنْدَ أَهْلِ اللِّسَانِ ، فَكَذَلِكَ يَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِالْمُسَمًّى إِحْيَاءً عِنْدَ أَهْلِ الْعُرْفِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَا يُعَلِّقُ حُكْمًا عَلَى مَا لَيْسَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ طَرِيقٌ ، فَلَمَّا لَمْ يُبَيِّنْهُ ، تَعَيَّنَ الْعُرْفُ طَرِيقًا لِمَعْرِفَتِهِ ، إِذْ لَيْسَ لَهُ طَرِيقٌ سِوَاهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْأَرْضَ تُحْصَى دَارًا لِلسُّكْنَى ، وَحَظِيرَةً ، وَمَزْرَعَةً ، فَإِحْيَاءُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْ ذَلِكَ بِتَهْيِئَتِهَا لِلِانْتِفَاعِ الَّذِي أُريدَتْ لَهُ ، فَأَمَّا الدَّارُ ، فَبِأَنَّ بَيْنَى حِيطَاتِهَا بِمَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ وَيُسَقَّفُهَا^(٥) ، لِأَنَّهَا لَا تَكُونُ لِلسُّكْنَى إِلَّا بِذَلِكَ . وَأَمَّا الْحَظِيرَةُ ، فَإِحْيَاؤُهَا بِحَائِطٍ جَرَتْ بِهِ عَادَةُ مِثْلِهَا ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهَا التَّسْقِيفُ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ تَسْقِيفٍ ، وَسِوَاهُ أَرَادَهَا حَظِيرَةً لِلْمَاشِيَةِ ، أَوَّلِ الْخَشَبِ ، أَوَّلِ اللَّحْطَبِ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ . وَلَوْ خَنَدَقَ عَلَيْهَا خَنَدَقًا ، لَمْ يَكُنْ إِحْيَاءً ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَائِطٍ وَلَا عِمَارَةٍ ، إِنَّمَا هُوَ حَفْرٌ وَتَحْرِيبٌ . وَإِنْ خَاطَهَا بِشَوْكٍ وَشَبْنِهِ ، لَمْ يَكُنْ إِحْيَاءً ، وَكَانَ تَحْجَرًا ؛ لِأَنَّ الْمُسَافِرَ قَدْ يَنْزِلُ

(٣) سقط من : ب ، م .

(٤) في ب ، م : « عَادَتُهُ » .

(٥) في الأصل : « وَسَقَفَهُ » . وفي ب ، م : « وَتَسْقِيفُهَا » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

مُنْزَلًا ، وَيُحَوِّطُ عَلَى رَحْلِهِ بِنَحْوِ مِنْ ذَلِكَ . وَلَوْ نَزَلَ مُنْزَلًا ، فَتَصَبَّ بِهِ بَيْتٌ شَعْرٍ أَوْ
خَيْمَةً ، لَمْ يَكُنْ إِحْيَاءً . وَإِنْ أَرَادَهَا لِلزَّرَاعَةِ ، فَبِأَنْ يُهَيِّئَهَا لِإِمْكَانِ الزَّرْعِ فِيهَا ، فَإِنْ
كَانَتْ لَا تَزْرَعُ إِلَّا بِالْمَاءِ ، فَبِأَنْ يَسُوقَ إِلَيْهَا مَاءً مِنْ نَهْرٍ أَوْ بَيْرٍ ، وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ
زَرْعَهَا لِكَثْرَةِ أَحْجَارِهَا ، كَأَرْضِ الْحِجَازِ ، فَبِأَنْ يَقْلَعَ أَحْجَارَهَا وَيُنْفِيَهَا حَتَّى تَصْلَحَ
لِلزَّرْعِ ، وَإِنْ كَانَتْ غِيَاضًا وَأَشْجَارًا ، كَأَرْضِ الشَّعْرَى ^(٦) ، فَبِأَنْ يَقْلَعَ أَشْجَارَهَا ،
وَيُرِيلَ عُرُوقَهَا الَّتِي تَمْنَعُ الزَّرْعَ . وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ زَرْعَهُ إِلَّا بِحَبْسِ الْمَاءِ عَنْهَا ،
كَأَرْضِ الْبَطَائِحِ الَّتِي يُفْسِدُهَا غَرْفُهَا بِالْمَاءِ لِكَثْرَتِهِ ، فَإِحْيَاؤها بِسَدِّ الْمَاءِ عَنْهَا ، وَجَعْلِهَا
بِحَالٍ يُمَكِّنُ زَرْعَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهَا فِيمَا أَرَادَهَا مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى تَكَرُّرِ
ذَلِكَ فِي كُلِّ عَامٍ ، فَكَانَ ^(٧) إِحْيَاءً ، كَسُقِ الْمَاءِ إِلَى الْأَرْضِ الَّتِي لَا مَاءَ لَهَا . وَلَا يُعْتَبَرُ
فِي إِحْيَاءِ الْأَرْضِ حَرْثُهَا وَلَا زَرْعُهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كُلَّمَا أَرَادَ الْإِنْتِفَاعَ بِهَا ، فَلَمْ
يُعْتَبَرْ فِي الْإِحْيَاءِ ، كَسْقِيهَا ، وَكَالسُّكْنَى فِي الْبُيُوتِ ، / ^(٨) وَلَا يَخْصُلُ ^(٨) بِذَلِكَ إِذَا فَعَلَهُ
لِمُجَرَّدِهِ ، لِمَا ذَكَّرْنَا . وَلَا يُعْتَبَرُ فِي إِحْيَاءِ الْأَرْضِ لِلْسُّكْنَى نَصْبُ الْأَبْوَابِ عَلَى الْبُيُوتِ .
وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِيمَا ذَكَّرْنَا فِي الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، إِلَّا أَنَّ لَهُ وَجْهًا فِي أَنَّ حَرْثَهَا وَزَرْعَهَا
إِحْيَاءُ لَهَا ، وَأَنَّ ذَلِكَ مُعْتَبَرٌ فِي إِحْيَائِهَا ، وَلَا يَتِمُّ بِدُونِهِ ، وَكَذَلِكَ نَصْبُ الْأَبْوَابِ عَلَى
الْبُيُوتِ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ ، فَأَشْبَهَ التَّسْقِيفَ . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا ، وَلِأَنَّ
السُّكْنَى مُمَكِّنَةٌ بِدُونِ نَصْبِ الْأَبْوَابِ ، فَأَشْبَهَ تَطْيِينَ سَطُوحِهَا وَتَبْيِضَها .

ظ ١٤٣/٥

٩١٦ - مسألة ؛ قال : (أَوْ يَخْفَرُ فِيهَا بَيْرًا ، فَيَكُونُ لَهُ خُمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا
حَوَالِيهَا ، وَإِنْ سَبَقَ إِلَى بَيْرٍ عَادِيَّةٍ ، فَحَرِيمُهَا خُمْسُونَ ذِرَاعًا)

البئرُ العاديَّةُ ، بِتَشْدِيدِ الْيَاءِ : الْقَدِيمَةُ ، مَنْسُوبَةٌ إِلَى عَادٍ ، وَلَمْ يُرَدَّ عَادًا بِعَيْنِهَا ، لَكِنْ

(٦) الشعري : جبل عند حرة بنى سليم .

(٧) في ب ، م : « كان » .

(٨ - ٨) سقط من الأصل .

لَمَّا كَانَتْ عَادَ فِي الزَّمَنِ الْأَوَّلِ ، وَكَانَتْ لَهَا آثَارٌ فِي الْأَرْضِ ، نُسِبَ إِلَيْهَا كُلُّ قَدِيمٍ ، فَكُلُّ مَنْ حَفَرَ بَيْتًا فِي مَوَاتٍ لِلتَّمْلِيكِ ، فَلَهُ حَرِيمُهَا خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . وَمَنْ سَبَقَ إِلَى بَيْتٍ عَادِيَّةٍ ، كَانَ أَحَقُّ بِهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ لَهُ »^(١) . وَلَهُ حَرِيمُهَا خَمْسُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، وَعَبِدُ اللَّهِ . وَاخْتَارَهُ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا . وَقَالَ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ : لَيْسَ هَذَا عَلَى طَرِيقِ التَّحْدِيدِ ، بَلْ حَرِيمُهَا عَلَى الْحَقِيقَةِ مَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي تَرْقِيَةِ مَاثِلِهَا مِنْهَا ، فَإِنْ كَانَ بِدُولَابٍ فَقَدْرُ مَدَارٍ^(٢) الثَّوَرِ أَوْ غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ بِسَاقِيَّةٍ^(٣) فَبِقَدْرِ طُولِ الْبَيْرِ ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « حَرِيمُ الْبَيْرِ مَدُّ رِشَائِهَا » . أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ^(٤) . وَلَأَنَّهُ الْمَكَانُ الَّذِي تَمْشِي إِلَيْهِ الْبَهِيمَةُ . وَإِنْ كَانَ يَسْتَقِي مِنْهَا بِيَدِهِ ، فَبِقَدْرِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْوَاقِفُ عِنْدَهَا . وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحْرِجُ عَيْنًا ، فَحَرِيمُهَا الْقَدْرُ الَّذِي يَحْتَاجُ إِلَيْهِ صَاحِبُهَا لِلانْتِفَاعِ بِهَا ، وَلَا يَسْتَضِيرُّ بِأَخْذِهِ مِنْهَا وَلَوْ عَلَى أَلْفِ ذِرَاعٍ . وَحَرِيمُ النَّهْرِ^(٥) مِنْ جَانِبَيْهِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِطَرَحِ كِرَائَتِهِ بِحُكْمِ الْعُرْفِ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِنَّمَا ثَبَتَ لِلْحَاجَةِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ تُرَاعَى فِيهِ الْحَاجَةُ دُونَ غَيْرِهَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : حَرِيمُ الْبَيْرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا ، وَحَرِيمُ الْعَيْنِ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ ؛ لِأَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « حَرِيمُ الْبَيْرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا لِأَعْطَانِ الْإِبِلِ وَالْعَنَمِ » . وَعَنِ الشَّعْبِيِّ مِثْلَهُ ، / رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ^(٦) . وَلَنَا ، مَا رَوَى الدَّارِقُطْنِيُّ^(٧)

١٤٤/٥ و

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٢ .

(٢) في ب ، م : « مد » .

(٣) لعل ما في الأصل : « بسانية » .

(٤) في : باب حريم البئر ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٣١/٢ .

(٥) في ب ، م : « البئر » ، والمثبت في الأصل ، وهو يناسب « كرايته » الآتي ، وهو ما يخرج من حفر النهر .

(٦) في : باب إحياء الأرض واحتجارها ... ، من كتاب الأموال . لأبي عبيد ٢٩١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٩٤/٢ .

(٧) أخرجه الدارقطني ، في كتاب الأفضية . سنن الدارقطني ٢٢٠/٤ .

والخَلْلُ ، بإِسْنَادِهِمَا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « حَرِيمُ الْبَيْرِ الْبَدْيِ »^(٨) خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا ، وَحَرِيمُ الْبَيْرِ الْعَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعًا » . وَهَذَا نَصٌّ . وَرَوَى أَبُو عُبَيْدٍ^(٩) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ الْأَنْصَارِيِّ ، أَنَّهُ قَالَ : السُّتَةُ فِي حَرِيمِ الْقَلِيبِ الْعَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعًا ، وَالْبَدْيِ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا . وَبِإِسْنَادِهِ^(١٠) عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، قَالَ : حَرِيمُ الْبَيْرِ الْبَدْيِ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا مِنْ تَوَاحِيهَا كُلِّهَا ، وَحَرِيمُ بَيْرِ الزَّرْعِ ثَلَاثُمِائَةِ ذِرَاعٍ مِنْ تَوَاحِيهَا كُلِّهَا ، وَحَرِيمُ الْبَيْرِ الْعَادِيَّةِ خَمْسُونَ ذِرَاعًا مِنْ تَوَاحِيهَا كُلِّهَا . وَلِأَنَّهُ مَعْنَى يُمْلِكُ بِهِ الْمَوَاتُ ، فَلَا يَقِفُ عَلَى قَدْرِ الْحَاجَةِ ، كَالْحَاطِطِ . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْبَيْرِ لَا تَنْحَصِرُ فِي تَرْقِيَةِ الْمَاءِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى مَا حَوْلَهَا عَطْنًا لِإِبْلِهِ ، وَمَوْقِفًا لِلدَّوَابِّ وَغَنَمِهِ ، وَمَوْضِعًا يَجْعَلُ فِيهِ أَخْوَصًا يَسْقَى مِنْهَا مَا شِئْتَهُ ، وَمَوْقِفًا لِدَابَّتِهِ الَّتِي يَسْتَقْبِي^(١١) عَلَيْهَا ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ ، فَلَا يَخْتَصُّ الْحَرِيمُ بِمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ^(١٢) لِتَرْقِيَةِ الْمَاءِ ، وَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي حَنِيفَةَ ، فَحَدِيثُنَا أَصَحُّ مِنْهُ ، وَرَوَاهُمَا أَبُو هُرَيْرَةَ ، فَيَدُلُّ عَلَى ضَعْفِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْجَرَفِيِّ أَنَّ هَذَا الْحَرِيمَ مَمْلُوكٌ لِصَاحِبِ الْبَيْرِ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، وَالْقَاضِي ، لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ . وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ هَذَا .

فصل : وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْبَيْرُ فِيهَا مَاءً ، وَإِنْ لَمْ يَصِلْ إِلَى الْمَاءِ ، فَهُوَ كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، عَلَى مَا قَدْ مَنَاهُ . وَيَجِبُ أَنْ يُحْمَلَ قَوْلُهُ فِي الْبَيْرِ الْعَادِيَّةِ عَلَى الْبَيْرِ الَّتِي انْطَمَتْ وَذَهَبَ مَآؤُهَا ، فَجَدَّدَ حَفَرَهَا وَعِمَارَتَهَا ، أَوْ انْقَطَعَ مَآؤُهَا ، فَاسْتَحْرَجَهُ ، لِيَكُونَ ذَلِكَ إِحْيَاءً لَهَا . وَأَمَّا الْبَيْرُ الَّتِي لَهَا مَاءٌ يَنْتَفِعُ بِهِ الْمُسْلِمُونَ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ احْتِجَارُهُ وَمَنْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ ، الَّتِي يَرْتَفِقُ بِهَا النَّاسُ ، وَهَكَذَا الْعُيُونُ النَّابِغَةُ ، لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَخْتَصَّ بِهَا . وَلَوْ حَفَرَ رَجُلٌ بَعْرًا لِلْمُسْلِمِينَ

(٨) الْبَدْيُ : الْمُبْتَدَأُ حَفَرُهُ ، أَيْ الْمَحْدَثُ .

(٩) فِي : بِأَبِ إِحْيَاءِ الْأَرْضِينَ وَاحْتِجَارِهَا الْأَمْوَالُ ٢٩٢ .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « يَسْقَى الْمَاءَ » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « الْبَيْرُ » .

يَنْتَفِعُونَ بِهَا ، أَوْ لِيَنْتَفِعَ هُوَ بِهَا مُدَّةَ إِقَامَتِهِ عِنْدَهَا ثُمَّ يَبْرُكُهَا ، لَمْ يَمْلِكْهَا ، وَكَانَ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا ، فَإِذَا تَرَكَهَا صَارَتْ لِلْمُسْلِمِينَ كُلِّهِمْ ، كَالْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ ، وَمَادَامَ مُقِيمًا عِنْدَهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ سَابِقٌ إِلَيْهَا ، فَهُوَ كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ لِإِنْسَانٍ شَجَرَةٌ فِي مَوَاتٍ ، فَلَهُ حَرِيمُهَا قَدْرَ مَا تَمُدُّ إِلَيْهِ أَغْصَانُهَا حَوَالِيهَا ، وَفِي النَّخْلَةِ مَدُّ جَرِيدِهَا ؛ / لِمَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(١٢) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ ، قَالَ : اخْتَصِمَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فِي حَرِيمِ نَخْلَةٍ ، فَأَمَرَ بِجَرِيدَةٍ مِنْ جَرَائِدِهَا قُدْرِعَتْ ، فَكَانَتْ سَبْعَةً ^(١٣) أَذْرُعَ ، أَوْ خَمْسَةَ أَذْرُعَ ، فَقَضَى بِذَلِكَ . وَإِنْ غَرَسَ شَجَرَةً فِي مَوَاتٍ ، فَهِيَ لَهُ وَحَرِيمُهَا . وَإِنْ سَبَقَ إِلَى شَجَرٍ مُبَاحٍ ، كَالزَّيْتُونِ وَالْحُرُوبِ ، فَسَقَاهُ وَأَصْلَحَهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، فَإِنْ طَعَمَهُ مَلَكُهُ بِذَلِكَ وَحَرِيمَهُ ؛ لِأَنَّهُ تَهَيَّأَ لِلْإِنْتِفَاعِ بِهِ لَمَّا يُرَادُّ مِنْهُ ، فَهُوَ كَسَوِّقِ الْمَاءِ إِلَى الْأَرْضِ الْمَوَاتِ ؛ وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ^(١٤) .

فصل : وَمَنْ كَانَتْ لَهُ بَيْتْرٌ فِيهَا مَاءٌ ، فَحَفَرَ آخَرَ قَرِيبًا مِنْهَا يَبْرُأُ يَنْسَرِقُ إِلَيْهَا مَاءُ الْبَيْتْرِ الْأَوَّلَى ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، سِوَاءَ كَانَ مُحْتَفِرُ الثَّانِيَةِ فِي مِلْكِهِ ، مِثْلَ رَجُلَيْنِ مُتَجَاوِرَيْنِ فِي دَارَيْنِ ، حَفَرَ أَحَدُهُمَا فِي دَارِهِ يَبْرُأُ ، ثُمَّ حَفَرَ الْآخَرُ يَبْرُأُ أَعْمَقَ مِنْهَا ، فَسَرَى إِلَيْهَا مَاءُ الْأَوَّلَى ، أَوْ كَانَتْ فِي مَوَاتٍ ، فَسَبَقَ أَحَدُهُمَا ، فَحَفَرَ يَبْرُأُ ، ثُمَّ جَاءَ آخَرُ فَحَفَرَ قَرِيبًا مِنْهَا يَبْرُأُ تَجْتَذِبُ مَاءُ الْأَوَّلَى . وَوَافَقَ الشَّافِعِيُّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَنَدَّىءَ مِلْكُهُ عَلَى وَجْهِ يَضُرُّ بِالْمَالِكِ قَبْلَهُ . وَقَالَ فِي الْأَوَّلَى : لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ مُبَاحٌ فِي مِلْكِهِ ، فَجَازَ لَهُ فِعْلُهُ ، كَتَغْلِيَةِ دَارِهِ . وَهَكَذَا الْخِلَافُ فِي كُلِّ مَا يُخَدِّثُهُ الْجَارُ مِمَّا يَضُرُّ بِجَارِهِ ، مِثْلَ أَنْ يَجْعَلَ دَارَهُ مَذْبَعَةً ، أَوْ حِمَامًا يَضُرُّ بِعَقَارِ جَارِهِ بِحِمْنِي نَارِهِ وَرَمَادِهِ

(١٢) فِي : بَابُ أَبْوَابِ مِنَ الْقَضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ٢٨٤ .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « سِتَّة » .

(١٤) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٥٢ .

وَدُخَانِهِ ، أَوْ يَخْفِرَ فِي أَصْلِ حَائِطِهِ حُشًا^(١٥) يَتَأَذَى جَارُهُ بِرَائِحَتِهِ وَغَيْرِهَا ، أَوْ يَجْعَلَ دَارَهُ مَخْبِزًا فِي وَسْطِ الْعَطَّارِينَ وَنَحْوِهِ ، مِمَّا يُؤْذَى جِيرَانُهُ ، فَلَا يَجِلُّ لَهُ ذَلِكَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَهُ ذَلِكَ كُلُّهُ ، لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ مُبَاحٌ فِي مِلْكِهِ ، أَشْبَهَ بِنَاءَهُ وَنَقْضَهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »^(١٦) . وَلِأَنَّهُ إِحْدَاثُ ضَرَرٍ بِجَارِهِ ، فَلَمْ يَجْزَ ، كَالَّذِيقِ الَّذِي يَهْزُ الْحَيْطَانُ وَيُخَرِّبُهَا ، وَكَإِلْقَاءِ السَّمَادِ وَالتُّرَابِ وَنَحْوِهِ فِي أَصْلِ حَائِطِهِ عَلَى وَجْهِ يَضُرُّهُ . وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ مَصْنَعُ مَاءٍ ، فَأَرَادَ جَارُهُ غَرْسَ شَجَرَةٍ تَيْنِ^(١٧) قَرِيبًا مِنْهُ^(١٨) أَوْ نَحْوَهَا مِمَّا تَسْرِي عُرْوُهُ فَتَشُقُّ حَائِطَ مَصْنَعِ جَارِهِ ، وَتُلِفُّهُ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ، وَكَانَ لِجَارِهِ مَنَعُهُ وَقَلْعُهَا إِنْ غَرَسَهَا . وَلَوْ كَانَ هَذَا الَّذِي يَحْصُلُ مِنْهُ الضَّرَرُ سَابِقًا ، مِثْلَ مَنْ لَهُ فِي مِلْكِهِ مَذْبَعَةٌ أَوْ مَقْصَرَةٌ ، فَأَحْيَا إِنْسَانًا إِلَى جَانِبِهِ مَوَاتًا ، وَبَنَاهُ دَارًا ، يَتَضَرَّرُ بِذَلِكَ ، لَمْ يَلْزَمْ إِزَالَةُ الضَّرَرِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُحْدِثْ ضَرَرًا . ١٤٥/٥ والله تعالى أعلم .

٩١٧ - مسألة ؛ قال : (وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ مَا أَحْيَاهُ ، أَوْ سَبَقَ إِلَيْهِ بِإِذْنِ الْإِمَامِ ، أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ)

وجملة ذلك ، أن إحياء المَوَاتِ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ الْإِمَامِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ مَدْخَلَ فِي النَّظَرِ فِي ذَلِكَ ، بِدَلِيلِ أَنْ مَنْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا فَلَمْ يُحْيِهِ ، فَإِنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالْإِحْيَاءِ أَوْ التَّرْكِ ، فَافْتَقَرَ إِلَى إِذْنِهِ ، كَمَا لَيْتَ الْمَالِ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً^(١) ، فَهِيَ لَهُ »^(٢) . وَلِأَنَّ هَذَا عَيْنُ مُبَاحَةٍ ، فَلَا يَفْتَقِرُ تَمْلُكُهَا إِلَى إِذْنِ الْإِمَامِ ، كَأَخْذِ

(١٥) الحش : بيت الخلاء .

(١٦) تقدم تخريجه في : ١٤٠/٤ .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨ - ١٨) سقط من : ب ، م .

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٤٥ .

الحَشِيشِ وَالْحَطَبِ ، وَنَظَرَ الْإِمَامُ فِي ذَلِكَ لَا يَدُلُّ عَلَى اغْتِبَارِ إِذْنِهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ وَقَفَ فِي مَشْرَعَةٍ ، طَالَبَهُ الْإِمَامُ أَنْ يَأْخُذَ حَاجَتَهُ وَيَنْصَرِفَ ، وَلَا يَفْتَقِرُ ذَلِكَ إِلَى إِذْنِهِ . وَأَمَّا مَا لَبِثَ الْمَالُ ، فَإِنَّمَا هُوَ مَمْلُوكٌ لِلْمُسْلِمِينَ ، وَلِلْإِمَامِ تَرْتِيبُ مَصَارِفِهِ فَأَتَقَرَّ إِلَى إِذْنِهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، فَإِنَّ هَذَا مُبَاحٌ ، فَمَنْ سَبَقَ إِلَيْهِ كَانَ أَحَقُّ النَّاسِ بِهِ ، كَالْحَشِيشِ وَالْحَطَبِ وَالصُّيُودِ وَالثَّمَارِ الْمُبَاحَةِ فِي الْجِبَالِ .

فصل : فَأَمَّا مَا سَبَقَ إِلَيْهِ ، فَهُوَ الْمَوَاتُ إِذَا سَبَقَ إِلَيْهِ فَتَحَجَّرَهُ ، كَانَ أَحَقُّ ، وَإِنْ سَبَقَ إِلَى بَيْتٍ^(٣) عَادِيَّةٍ ، فَشَرَعَ فِيهَا يُعَمِّرُهَا ، كَانَ أَحَقُّ بِهَا . وَمَنْ سَبَقَ إِلَى^(٣) مَقَاعِدِ الْأَسْوَاقِ وَالطَّرِيقَاتِ ، أَوْ مَشَارِعِ الْبِيَاهِ وَالْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ وَالْبَاطِنَةِ ، وَكُلِّ مُبَاحٍ مِثْلِ الْحَشِيشِ وَالْحَطَبِ وَالثَّمَارِ الْمَأْخُودَةِ مِنَ الْجِبَالِ ، وَمَا يَنْبِذُهُ النَّاسُ رَغْبَةً عَنْهُ ، أَوْ يَضِيعُ مِنْهُمْ مِمَّا لَا تَتَّبَعُهُ النَّفْسُ ، وَاللُّقْطَةُ^(٤) وَاللَّقِيطُ ، وَمَا يَسْقُطُ مِنَ الثَّلَجِ وَسَائِرِ الْمُبَاحَاتِ ، مَنْ سَبَقَ إِلَى شَيْءٍ مِنْ هَذَا ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ الْإِمَامِ ، وَلَا إِذْنِ غَيْرِهِ ؛ لقول النبي ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »^(٥) .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقطت الواو من : ب ، م .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٢ .

كتاب الوقوف والعطايا

والوقوف : جَمْعُ وَقِفٍ ، يُقَالُ مِنْهُ : وَقَفْتُ وَقَفًا . وَلَا يُقَالُ : أَوْقَفْتُ . إِلَّا فِي شَاذِّ اللَّغَةِ ، وَيُقَالُ : حَبَسْتُ وَأَحْبَسْتُ . وَبِهِ جَاءَ الْحَدِيثُ : « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتُ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا » ^(١) . وَالْعَطَايَا : جَمْعُ عَطِيَّةٍ ، مِثْلُ خَلِيَّةٍ وَخَلَايَا ، وَبَلَايَةٍ وَبَلَايَا . وَالْوَقْفُ مُسْتَحَبٌّ . وَمَعْنَاهُ : تَحْيِيسُ الْأَصْلِ ، وَتَسْيِيلُ الثَّمَرَةِ . وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمَرَ ، قَالَ : أَصَابَ عَمْرُ أَرْضًا بِخَيْرٍ فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ يَسْتَأْمُرُهُ فِيهَا فَقَالَ / : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْرٍ ، لَمْ أَصِبْ قَطُّ مَا لَا أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ ، فَمَا تَأْمُرُنِي فِيهَا ؟ فَقَالَ : « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا ، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يُبَاغُ أَصْلُهَا ، وَلَا يُبْتَاغُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُورَثُ » . قَالَ : فَتَصَدَّقُ بِهَا عَمْرُ فِي الْفُقَرَاءِ ، وَذَوِي الْقُرْبَى ، وَالرَّقَابِ ، وَابْنِ السَّبِيلِ ، وَالضَّيْفِ ، لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا بِالْمَعْرُوفِ ، غَيْرَ مُتَأَثِّلٍ فِيهِ ، أَوْ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ ، انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ : صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ بَعْدِهِ ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ » ^(٣) . قَالَ

(١) من الحديث الآتي تخريجه .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب الشروط في الوقف ، من كتاب الشروط ، وفي : باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم ... ، وباب الوقف كيف يكتب ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ٣/٢٦٠ ، ١١/٤ ، ١٢ ، ١٤ . ومسلم ، في : باب الوقف ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم ٣/١٢٥٥ ، ١٢٥٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا سنن أبي داود ٢/١٠٥ . والترمذي ، في : باب في الوقف ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٦/١٤٣ . والنسائي ، في : باب كيف يكتب الحبس ... ، من كتاب الأحياس . المجتبى ٦/١٩١ ، ١٩٢ . وابن ماجه ، في : باب من وقف ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/٨٠١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/١٢ ، ١٣ ، ٥٥ ، ١٢٥ .

(٣) أخرجه مسلم ، في : باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم =

التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنَ السَّلَفِ وَمَنْ بَعْدَهُمْ عَلَى الْقَوْلِ بِصِحَّةِ الْوَقْفِ . قَالَ جَابِرٌ : لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ذُو مَقْدَرَةٍ إِلَّا وَقَفَ . وَلَمْ يَرِ شَرِيحُ الْوَقْفِ ، وَقَالَ : لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ . قَالَ أَحْمَدُ : وَهَذَا مَذْهَبُ أَهْلِ الْكُوفَةِ . وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ إِلَى أَنَّ الْوَقْفَ لَا يَلْزَمُ بِمُجَرَّدِهِ ، وَلِلْوَاقِفِ الرُّجُوعُ فِيهِ ، إِلَّا أَنْ يُوصَى بِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَيَلْزَمُ ، أَوْ يَحْكُمَ بِلِزْوَمِهِ حَاكِمٌ . وَحَكَاهُ بَعْضُهُمْ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ . وَخَالَفَهُ صَاحِبَاهُ ، فَقَالَا كَقَوْلِ سَائِرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَاجْتَنَحَ بَعْضُهُمْ بِمَا رَوَى أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ زَيْدٍ ، صَاحِبَ الْأَذَانِ ، جَعَلَ حَائِطَهُ صَدَقَةً ، وَجَعَلَهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَجَاءَ أَبَوَاهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، لَمْ يَكُنْ لَنَا عَيْشٌ إِلَّا هَذَا الْحَائِطُ . فَرَدَّهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، ثُمَّ مَاتَا ، فَوَرِثَهُمَا . رَوَاهُ الْحَامِلِيُّ^(٤) فِي « أَمَالِيهِ »^(٥) ، وَلَئِنَّهُ أَخْرَجَ مَالَهُ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ مِنْ مِلْكِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْ بِمُجَرَّدِ الْقَوْلِ ، كَالصَّدَقَةِ . وَهَذَا الْقَوْلُ يُخَالِفُ السُّنَّةَ الثَّابِتَةَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَإِجْمَاعَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِعُمَرَ فِي وَفْقِهِ : « لَا يُتَاعُ أَصْلُهَا ، وَلَا يُتَاعُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُورَثُ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : الْعَمَلُ عَلَى هَذَا الْحَدِيثِ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيْرِهِمْ ، لَا تَعْلَمُ بَيْنَ « أَحَدٍ مِنْ » الْمُتَقَدِّمِينَ مِنْهُمْ فِي ذَلِكَ اخْتِلَافًا . قَالَ الْحُمَيْدِيُّ : تَصَدَّقَ أَبُو بَكْرٍ بِدَارِهِ عَلَى وَلَدِهِ ، وَعُمَرُ بِرَبْعِهِ عِنْدَ الْمَرْوَةِ عَلَى وَلَدِهِ ، وَعُثْمَانُ بِرُومَةٍ^(٦) ، وَتَصَدَّقَ عَلِيٌّ بِأَرْضِهِ بِسَبْعٍ ، وَتَصَدَّقَ الزُّبَيْرُ بِدَارِهِ بِمَكَّةَ^(٧) وَدَارِهِ بِمِصْرَ وَأُمُومَالِهِ بِالْمَدِينَةِ^(٨) عَلَى وَلَدِهِ ،

= ١٢٥٥/٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي مَا جَاءَ فِي الصَّدَقَةِ عَنِ الْمَيِّتِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . سَنَنْ أَيْ دَاوُدَ ١٠٦/٢ .

وَالْتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْوَقْفِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأُخُوذَى ١٤٤/٦ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ فَضْلِ الصَّدَقَةِ عَنِ الْمَيِّتِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . الْمَجْتَبَى ٢١٠/٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدُ ٣٧٢/٢ .

(٤) أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْحَسَنِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مُحَمَّدٍ الضُّبِّيَ الْحَامِلِيَّ الْقَاضِيَّ الْفَقِيهَ ، صَاحِبَ « الْأَمَالِي » الْمُتَوَفَى سَنَةَ ثَلَاثِينَ وَثَلَاثُمِائَةٍ . تَارِيخُ التَّرَاثِ الْعَرَبِيِّ ٣٥٧/١/١ .

(٥) وَذَكَرَهُ الْمَرْيُ وَعَزَاهُ إِلَى النَّسَائِيِّ فِي الْكِبَرِيِّ . تَحْفَةُ الْأَشْرَافِ ٣٤٥/٤ .

(٦ - ٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٧) أَيْ ، بِعَرُومَةِ الْمَدِينَةِ .

١٤٦/٥ و^(٨) وَتَصَدَّقْ سَعْدَ بَدَارِهِ بِالْمَدِينَةِ وَدَارِهِ بِمَصْرَ عَلَى وَلَدِهِ ، وَعَمْرُو بْنُ الْعَاصِ بِالْوَهْطِ^(٩) وَدَارِهِ بِمَكَّةَ عَلَى وَلَدِهِ^(٨) ، وَحَكِيمُ بْنُ حَزَامٍ بَدَارِهِ بِمَكَّةَ وَالْمَدِينَةَ عَلَى وَلَدِهِ / ، فَذَلِكَ كُلُّهُ إِلَى الْيَوْمِ . وَقَالَ جَابِرٌ : لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ذُو مَقْدِرَةٍ إِلَّا وَقَفَ . وَهَذَا إِجْمَاعٌ مِنْهُمْ ، فَإِنَّ الَّذِي قَدَّرَ مِنْهُمْ عَلَى الْوَقْفِ وَقَفَ ، وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ ، فَلَمْ يَنْكُرْهُ أَحَدٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّهُ إِزَالَةُ مُلْكٍ يُلْزَمُ بِالْوَصِيَّةِ ، فَإِذَا نَجَزَهُ حَالُ الْحَيَاةِ لَزِمَ مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ ، كَالْعِتْقِ . وَحَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ زَيْدٍ إِنْ ثَبَتَ ، فَلَيْسَ فِيهِ ذِكْرُ الْوَقْفِ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ جَعَلَهُ صَدَقَةً غَيْرَ مَوْقُوفٍ ، اسْتَنْتَابَ فِيهَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَرَأَى وَالدَّيْنِ أَحَقَّ النَّاسِ بِصَرْفِهَا إِلَيْهِمَا ، وَلِهَذَا لَمْ يُرَدِّهَا عَلَيْهِ ، إِنَّمَا دَفَعَهَا إِلَيْهِمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْحَائِطَ كَانَ لهُمَا ، وَكَانَ هُوَ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِحُكْمِ النَّبَايَةِ عَنْهُمَا ، فَتَصَرَّفَ بِهَذَا التَّصَرُّفِ بِغَيْرِ إِذْنِهِمَا ، فَلَمْ يُنْفَذْهُ ، وَأَتَى النَّبِيُّ ﷺ فَرَدَّهُ إِلَيْهِمَا . وَالْقِيَاسُ عَلَى الصَّدَقَةِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهَا تُلْزَمُ فِي الْحَيَاةِ بِغَيْرِ حُكْمٍ حَاكِمٍ ، وَإِنَّمَا تَقْتَرِ إِلَى الْقَبْضِ ، وَالْوَقْفُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَيْهِ ، فَافْتَرَقَا .

٩١٨ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ : (وَمَنْ وَقَفَ فِي صِحَّةٍ مِنْ عَقْلِهِ وَبَدَنِهِ ، عَلَى قَوْمٍ وَأَوْلَادِهِمْ وَعَقِبِهِمْ ثُمَّ آخَرَهُ لِلْمَسَاكِينِ ، فَقَدْ زَالَ مُلْكُهُ عَنْهُ)
في هذه المسألة فصول ثلاثة :

أحدها : أَنَّ الْوَقْفَ إِذَا صَحَّ ، زَالَ بِهِ مُلْكُ الْوَاقِفِ عَنْهُ ، فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ . وَعَنْ أَحْمَدَ : لَا يُزُولُ مُلْكُهُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَحُكْيَ قَوْلًا لِلشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « حَبْسِ الْأَصْلِ ، وَسَبْلِ الثَّمَرَةِ »^(١) . وَلَنَا ، أَنَّهُ سَبَبٌ يُزِيلُ التَّصَرُّفَ فِي

(٨ - ٨) سقط من : الأصل .

(٩) الوهط : مال كان لعمر بن العاص بالطائف على ثلاثة أميال من وج .

(١) تقدم تخريجهم من حديث عمر صفحة ١٨٤ وهذه الرواية أخرجهما النسائي ، في : باب حبس المشاع ، من كتاب =

الرَّبِيعَةِ وَالْمَنْفَعَةِ ، فَأَزَالَ الْمَلِكُ ، كَالْعَتِقِ ، وَلَآئِهِ لَوْ كَانَ مِلْكُهُ لَرَجَعَتْ إِلَيْهِ قِيمَتُهُ ، كَالْمَلِكِ الْمُطْلَقِ ، وَأَمَّا الْخَيْرُ ، فَالْمُرَادُ بِهِ أَنْ يَكُونَ مَحْبُوسًا ، لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ . وَفَائِدَةُ الْخِلَافِ أَنَا إِذَا حَكَمْنَا بَقَاءَ مِلْكِهِ ، لَزِمَتْهُ مُرَاعَاتُهُ ، وَالْخُصُومَةُ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزِمَهُ أَرْضُ جَنَابَتِهِ ، كَمَا يَفْدَى أُمُّ الْوَلَدِ سَيِّدَهَا لَمَّا تَعَذَّرَ تَسْلِيمُهُ ، بِخِلَافِ غَيْرِ الْمَالِكِ .

الفصل الثاني : أَنْ ظَاهَرَ هَذَا الْكَلَامُ ، أَنَّهُ يُزُولُ الْمَلِكُ ، وَيَلْزَمُ الْوَقْفُ بِمُجَرَّدِ اللَّفْظِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ يَحْصُلُ بِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، لَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، وَإِخْرَاجِ الْوَاقِفِ لَهُ عَنْ يَدِهِ . وَقَالَ : الْوَقْفُ الْمَعْرُوفُ أَنْ يُخْرِجَهُ مِنْ يَدِهِ إِلَى غَيْرِهِ ، وَيُؤْكَلُ فِيهِ مَنْ يَقُومُ بِهِ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ / بِمَالٍ لَمْ يُخْرِجْهُ عَنِ الْمَالِيَّةِ ، فَلَمْ يَلْزَمْ بِمُجَرَّدِهِ ، كَالْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ . وَلَنَا ، ١٤٦/٥ ط
مَارَوْنَاهُ مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ ، وَلَآئِهِ تَبَرُّعٌ يَمْنَعُ الْبَيْعَ وَالْهَبَةَ وَالْمِيرَاثَ ، فَلَزِمَ بِمُجَرَّدِهِ ، كَالْعَتِقِ ، وَيُفَارِقُ الْهَبَةَ ؛ فَإِنَّهَا تَمْلِكُ مُطْلَقًا ، وَالْوَقْفُ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْنِيبُ الْمَنْفَعَةِ ، فَهُوَ بِالْعَتِقِ أَشْبَهُ ، فَإِلْحَاقُهُ بِهِ أَوْلَى .

الفصل الثالث : أَنَّهُ لَا يَنْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ مِنَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَالْمَسَاكِينِ ، أَوْ مَنْ لَا يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الْقَبُولُ كَالْمَسَاجِدِ وَالْقَنَاطِرِ ، لَمْ يَنْتَقِرْ إِلَى قَبُولٍ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، فَفِي اشْتِرَاطِ الْقَبُولِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، اشْتِرَاطُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَآدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، ^(١) فَكَانَ مِنْ شَرْطِهِ الْقَبُولُ ، كَالْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِنْ كَانَتْ لَآدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ^(٢) ، وَقَفَّتْ عَلَى قَبُولِهِ ، وَإِذَا كَانَتْ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ أَوْ لِمَسْجِدٍ أَوْ نَحْوِهِ ، لَمْ تَنْتَقِرْ إِلَى قَبُولٍ ، كَذَا هُنَا . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي الْوَقْفِ ، فَلَمْ يُشْتَرَطْ لَهُ الْقَبُولُ ، كَالنَّوْعِ

= الْأَحْيَاسُ . الْمُجْتَبَى ١٩٣/٦ ، ١٩٤ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَنْ وَقَفَ ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَهَ ٨٠١/٢ .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظَرَ .

الآخر ، ولأنه إزاله ملك يمنع البيع والهبة والميراث ، فلم يُعتبر فيه القبول ، كالعتيق ، وبهذا فارق الهبة والوصية . والفرق بينه وبين الهبة والوصية ، أن الوقف لا يختص بالمعين ، بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل ، فيكون الوقف على جميعهم ، إلا أنه مرتب ، فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يبطل برّد واحد منهم ، ولا يقف على قبوله ، والوصية للمعين بخلافه . وهذا مذهب الشافعي . فإذا قلنا : لا يفتقر إلى القبول . لم يبطل برّده ، وكان ردّه وقبوله وعدمهما واحداً ، كالعتيق . وإن قلنا : يفتقر إلى القبول . فرّدّه من وقف عليه ، بطل في حقه ، وصار كالوقف المنقطع الابتداء . يُخرج في صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان ، بناءً على تفريق الصنفية . فإن قلنا بصحته ، فهل ينتقل في الحال إلى من بعده ، أو يصرف في الحال إلى مصرف في (٣) الوقف المنقطع إلى أن يموت الذي ردّه ، ثم ينتقل إلى من بعده ؟ على وجهين . وسنذكر ذلك في الوقف المنقطع الابتداء ، إن شاء الله تعالى .

فصل : وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم ، في ظاهر المذهب . قال أحمد : إذا وقف داره على ولد أخيه ، صارت لهم . وهذا يدل على أنهم ملكوه ، ورؤى عن أحمد ، أنه لا يملك ، فإن جماعة نقلوا عنه ، في من وقف على ورثته في مرضه : يجوز ؛ لأنه لا يباع ولا يورث ، ولا يصير ملكاً للورثة ، وإنما ينتفعون / بعقلها . وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون . ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون ، أن لا يملكون التصرف في الرقبة ، فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف . وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكيناه . وقال أبو حنيفة : لا ينتقل الملك في الوقف للألزام ، بل يكون حقاً لله تعالى ؛ لأنه إزاله ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية ، بتملك المنفعة ، فانتقل الملك إلى الله تعالى ، كالعتيق . ولنا ، أنه (٤) سبب يزيل ملك الواقف ، وجد إلى من يصح تملكه على وجه لم يخرج المال عن مألّيته ، فوجب أن

و ١٤٧/٥

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : أن .

يُنْقَلُ الْمِلْكُ إِلَيْهِ ، كَالْهَبَةِ وَالْبَيْعِ ، وَلَئِنَّهُ لَوْ كَانَ تَمْلِيكَ الْمَنْفَعَةِ الْمُجَرَّدَةِ لَمْ يَلْزَمْ كَالْعَارِيَةِ
وَالسُّكْنَى ، وَلَمْ يَزَلْ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنْهُ كَالْعَارِيَةِ ، وَيُفَارِقُ الْعِثْقَ ، فَإِنَّهُ أَخْرَجَهُ عَنِ
الْمَالِيَّةِ ، وَامْتِنَاعُ التَّصَرُّفِ فِي الرَّقَبَةِ لَا يَمْنَعُ الْمِلْكَ ، كَأَمُّ الْوَلَدِ .

فصل : وَالْأَفَاطُ الْوَقْفِ سِتَّةٌ ، ثَلَاثَةٌ صَرِيحَةٌ ، وَثَلَاثَةٌ كِنَايَةٌ ، فَالْصَّرِيحَةُ :
وَقَفْتُ ، وَحَبَسْتُ ، وَسَبَّلْتُ . مَتَى أَتَى بِوَاحِدَةٍ مِنْ هَذِهِ الثَّلَاثِ ، صَارَ وَقْفًا مِنْ غَيْرِ
انْتِصَامٍ أَمْرٍ زَائِدٍ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَفَاطُ ثَبَتَ لَهَا عُرْفُ الْاسْتِعْمَالِ بَيْنَ النَّاسِ ، وَانْضَمَّ
إِلَى ذَلِكَ عُرْفُ الشَّرْعِ ، بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِعِمْرَ : « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا ، وَسَبَّلْتَ
ثَمَرَهَا » (٥) . فَصَارَتْ هَذِهِ الْأَفَاطُ فِي الْوَقْفِ كَلْفِظِ التَّطْلِيقِ فِي الطَّلَاقِ . وَأَمَّا
الْكِنَايَةُ ، فَهِيَ : تَصَدَّقْتُ ، وَحَرَمْتُ ، وَأَبَدْتُ . فَلَيْسَتْ صَرِيحَةً ؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ الصَّدَقَةِ
وَالْتَّحْرِيمِ مُشْتَرَكَةٌ ، فَإِنَّ الصَّدَقَةَ تُسْتَعْمَلُ فِي الزَّكَاةِ وَالْهَبَاتِ ، وَالتَّحْرِيمُ يُسْتَعْمَلُ
فِي الظَّهَارِ وَالْأَيْمَانِ ، وَيَكُونُ تَحْرِيمًا عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَى غَيْرِهِ ، وَالتَّأْيِيدُ يَحْتَمِلُ تَأْيِيدَ
التَّحْرِيمِ ، وَتَأْيِيدَ الْوَقْفِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لِهَذِهِ الْأَفَاطِ عُرْفُ الْاسْتِعْمَالِ ، فَلَا يَخْصُلُ
الْوَقْفُ بِمُجَرَّدِهَا ، كَكِنَايَاتِ الطَّلَاقِ فِيهِ . فَإِنْ انْضَمَّ إِلَيْهَا أَحَدُ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ، حَصَلَ
الْوَقْفُ بِهَا ، أَحَدُهَا ، أَنْ يَنْضَمَّ إِلَيْهَا لَفْظَةٌ أُخْرَى تُخَلِّصُهَا مِنَ الْأَفَاطِ الْخَمْسَةِ ، فَيَقُولُ :
صَدَقَةً مَوْقُوفَةً ، أَوْ مُحَبَسَةً ، أَوْ مُسَبَّلَةً ، أَوْ مُحَرَّمَةً ، أَوْ مُؤَبَّدَةً . أَوْ يَقُولُ : هَذِهِ
مُحَرَّمَةٌ مَوْقُوفَةٌ ، أَوْ مُحَبَسَةٌ ، أَوْ مُسَبَّلَةٌ ، أَوْ مُؤَبَّدَةٌ . الثَّانِي ، أَنْ يَصِفَهَا بِصِفَاتِ
الْوَقْفِ ، فَيَقُولُ : صَدَقَةً لَا تَبَاغُ ، وَلَا تُوَهَّبُ ، وَلَا تُورَثُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْقَرِينَةَ تُزِيلُ
الاشْتِرَاكَ . الثَّلَاثُ ، أَنْ يَنْوِي الْوَقْفَ ، فَيَكُونُ عَلَى مَا نَوَى ، إِلَّا أَنَّ النَّيَّةَ / تَجْعَلُهُ وَقْفًا
فِي الْبَاطِنِ دُونَ الظَّاهِرِ ، لِعَدَمِ الْإِطْلَاعِ عَلَى مَا فِي الضَّمَائِرِ ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِمَا نَوَاهُ ،
لَزِمَ فِي الْحُكْمِ ؛ لِظُهُورِهِ ، وَإِنْ قَالَ : مَا أَرَدْتُ الْوَقْفَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِمَا
نَوَى .

١٤٧/٥ ط

(٥) تقدم تخريجه من حديث عمر صفحة ١٨٤ ، ١٨٦ .

فصل : وظاهرُ مذهبِ أحمدَ أن الوقفَ يحصلُ بالفعلِ مع القرائنِ الدالةِ عليه ، مثل أن يَبْنَى مَسْجِدًا ، وَيَأْذَنُ لِلنَّاسِ فِي الصَّلَاةِ فِيهِ ، أَوْ مَقْبَرَةً ، وَيَأْذَنُ فِي الدَّفْنِ فِيهَا ، أَوْ سِقَايَةً ، وَيَأْذَنُ فِي دُخُولِهَا ، فَإِنَّهُ قَالَ : فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، وَأَبِي طَالِبٍ ، فِي مَنْ أَدْخَلَ بَيْتًا فِي الْمَسْجِدِ وَأَذَنَ فِيهِ ، لَمْ يَرْجَعْ فِيهِ . وَكَذَلِكَ إِذَا^(٦) اتَّخَذَ الْمَقَابِرَ وَأَذَنَ لِلنَّاسِ ، وَالسَّقَايَةَ ، فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَصِيرُ وَقْفًا إِلَّا بِالْقَوْلِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَأَخَذَهُ الْقَاضِي مِنْ قَوْلِ أَحْمَدَ ، إِذْ سَأَلَهُ الْأَثَرُ عَنْ رَجُلٍ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ ، لِيَجْعَلَهَا مَقْبَرَةً ، وَتَوَى بِقَلْبِهِ ، ثُمَّ بَدَّلَهُ الْعَوْدُ ؟ فَقَالَ : إِنْ كَانَ جَعَلَهَا لِلَّهِ ، فَلَا يَرْجِعُ . وَهَذَا لَا يُتَأَنَّى الرِّوَايَةُ الْأُولَى ، فَإِنَّهُ أَرَادَ بِقَوْلِهِ : إِنْ كَانَ جَعَلَهَا لِلَّهِ أَيْ تَوَى بِتَحْوِيلِهَا جَعَلَهَا لِلَّهِ . فَهَذَا تَأْكِيدٌ لِلرِّوَايَةِ الْأُولَى ، وَزِيَادَةٌ عَلَيْهَا ، إِذْ مَنَعَهُ مِنَ الرُّجُوعِ بِمُجَرَّدِ التَّحْوِيلِ مَعَ النِّيَّةِ . وَإِنْ أَرَادَ بِقَوْلِهِ : جَعَلَهَا لِلَّهِ . أَيْ : اقْتَرَنْتَ بِفِعْلِهِ قَرَائِنَ دَالَّةَ عَلَى إِرَادَةِ ذَلِكَ ، مِنْ إِذْنِهِ لِلنَّاسِ فِي الدَّفْنِ فِيهَا ، فَهِيَ الرِّوَايَةُ الْأُولَى بِعَيْنِهَا ، وَإِنْ أَرَادَ : وَقَفَهَا^(٧) بِلِسَانِهِ ، فَيَدُلُّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى أَنَّ الْوَقْفَ لَا يَحْصُلُ بِمُجَرَّدِ التَّحْوِيلِ وَالنِّيَّةِ ، وَهَذَا لَا يُتَأَنَّى الرِّوَايَةُ الْأُولَى ؛ لِأَنَّهُ فِي الْأُولَى انْضَمَّ إِلَى فِعْلِهِ إِذْنُهُ لِلنَّاسِ فِي الدَّفْنِ ، وَلَمْ يُوجَدْ هُنَا ، فَلَا تَنَافَى بَيْنَهُمَا ، ثُمَّ لَمْ يُعْلَمْ مُرَادُهُ مِنْ هَذِهِ الْاِحْتِمَالَاتِ ، فَاتَّقَفَتْ هَذِهِ الرِّوَايَةُ ، وَصَارَ الْمَذْهَبُ رِوَايَةً وَاحِدَةً . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّ هَذَا تَحْيِيسُ أَصْلٍ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يَصِحَّ بَدْوَنَ اللَّفْظِ ، كَالْوَقْفِ عَلَى الْفُقَرَاءِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِذَلِكَ ، وَفِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى الْوَقْفِ ، فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ بِهِ ، كَالْقَوْلِ ، وَجَرَى مَجْرَى مَنْ قَدَّمَ إِلَى ضَيْفِهِ طَعَامًا ، كَانَ إِذْنًا فِي أَكْلِهِ ، وَمَنْ مَلَأَ خَابِيَةَ مَاءٍ عَلَى الطَّرِيقِ ، كَانَ تَسْبِيلًا لَهُ ، وَمَنْ نَشَرَ عَلَى النَّاسِ نِتَارًا ، كَانَ إِذْنًا فِي التِّقَاطِ ، وَأَبِيحَ أَخَذَهُ . وَكَذَلِكَ دُخُولُ الْحَمَّامِ ، وَاسْتِعْمَالُ مَائِهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ مُبَاحٌ بِدَلَالَةِ الْحَالِ . وَقَدْ قَدَّمْنَا فِي الْبَيْعِ أَنَّهُ يَصِحُّ بِالْمُعَاطَاةِ مِنْ غَيْرِ لَفْظٍ ،

(٦) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « كَانَ » .

(٧) فِي ب ، م ، « وَقَفَا » .

وكذلك الهبة والهدية ، لدلالة الحال ، فكذلك ههنا . وأما الوقف على /المساكين ، ١٤٨/٥ و
فلم تجر به عادة بغير لفظ ، ولو كان شيء جرت به العادة ، أو دلت الحال عليه ، كان
كمسألتنا . والله أعلم .

٩١٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْجَعَ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ مَنَافِعِهِ)

وجملة ذلك أن من وقف شيئاً وقفاً صحيحاً ، فقد صارت مَنَافِعُهُ جميعها للموقوف
عليه ، وزال عن الواقف ملكه ، وملك مَنَافِعُهُ ، فلم يجوز أن يتفع بشيء منها ، إلا أن
يكون قد وقف شيئاً للمسلمين ، فيدخل في جملتهم ، مثل أن يقف مسجداً ، فله
أن يصلّي فيه ، أو مقبرة فله الدفن فيها ، أو بقراً للمسلمين ، فله أن يستقي منها ،
أو سقاية ، أو شيئاً يعم المسلمين ، فيكون كأحدِهِمْ . لا تعلم في هذا كله خلافاً .
وقد روى عن عثمان بن عفان ، رضي الله عنه ، أنه سئل بقر رومة ، وكان دلوها فيها
كدلاء المسلمين .

٩٢٠ - مسألة ؛ قال : (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ ، فَيَكُونَ لَهُ مِقْدَارُ مَا
يَشْتَرِطُ)

وجملته أن الواقف إذا اشترط في الوقف أن يتفق منه على نفسه ، صح الوقف
والشروط . نص عليه أحمد . قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : يشترط في الوقف أني
أففق على نفسي وأهلي منه ؟ قال : نعم . واحتج ، قال : سمعت ابن عيينة ، عن ابن
طاووس ، عن أبيه ، عن حنبل المدري ، أن في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل منها
أهلُه بالمعروف غير المنكر . وقال القاضي : يصح الوقف ، برواية واحدة ؛ لأن أحمد
نص عليها في رواية جماعة . وبذلك قال ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأبو يوسف ،
والزبير ، وابن سريج . وقال مالك ، والشافعي ، ومحمد بن الحسن : لا يصح
الوقف ؛ لأنه إزالة الملك ، فلم يجوز اشتراط نفعه لنفسه ، كالبيع والهبة ، وكالواعتق
عبداً بشرط أن يخدمه ، ولأن ما يتفق على نفسه مجهول ، فلم يصح اشتراطه ، كما
لوباع شيئاً واشترط أن يتفع به . ولنا ، الخبر الذي ذكره الإمام أحمد ، ولأن عمر

رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، لَمَّا وَقَفَ قَالَ : وَلَا بَأْسَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا ،
 غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ ^(١) . وَكَانَ الْوَقْفُ فِي يَدِهِ إِلَى أَنْ مَاتَ . وَلَئِنَّهُ إِذَا وَقَفَ وَقْفًا عَامًّا ،
 كَالْمَسَاجِدِ ، وَالسَّقَايَاتِ ، وَالرَّبَاطَاتِ ، وَالْمَقَابِرِ ، كَانَ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ ، فَكَذَلِكَ
 هُنَا . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، أَوْ مُدَّةَ مَعْلُومَةٍ مُعَيَّنَةٍ ،
 ١٤٨/٥ ط وَسَوَاءٌ قَدَّرَ مَا يَأْكُلُ مِنْهُ ، أَوْ أَطْلَقَهُ / ؛ فَإِنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، لَمْ يُقَدَّرْ مَا يَأْكُلُ
 الْوَالِي وَيُطْعِمُ إِلَّا بِقَوْلِهِ : بِالْمَعْرُوفِ . وَفِي حَدِيثِ صَدَقَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّهُ شَرَطَ
 أَنْ يَأْكُلَ أَهْلُهُ مِنَهَا بِالْمَعْرُوفِ غَيْرِ الْمُنْكَرِ . إِلَّا أَنَّهُ إِذَا شَرَطَ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ مُدَّةٌ مُعَيَّنَةٌ . فَمَاتَ
 فِيهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لَوَرَثَتِهِ ، كَالْوَبَاغِ دَارًا وَاشْتَرَطَ أَنْ يَسْكُنَهَا سَنَةً ، فَمَاتَ
 فِي أَثْنَائِهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَأْكُلَ أَهْلُهُ مِنْهُ ، صَحَّ الْوَقْفُ وَالشَّرْطُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ شَرَطَ
 ذَلِكَ فِي صَدَقَتِهِ . وَإِنْ اشْتَرَطَ أَنْ يَأْكُلَ مَنْ وَلِيَهُ مِنْهُ ، وَيُطْعِمَ صَدِيقًا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ
 رَضِيَ اللهُ عَنْهُ شَرَطَ ذَلِكَ فِي صَدَقَتِهِ ، الَّتِي اسْتَشَارَ فِيهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَإِنْ وَلِيَهَا
 الْوَاقِفُ ، كَانَ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ وَيُطْعِمَ صَدِيقًا ؛ لِأَنَّ عَمَرَ وَلِيَ صَدَقَتَهُ . وَإِنْ وَلِيَهَا أَحَدٌ مِنْ
 أَهْلِهِ ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَفْصَةَ بِنْتَ عَمَرَ كَانَتْ تَلِي صَدَقَتَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، ثُمَّ وَلِيَهَا بَعْدَهَا
 عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَبِيعَهُ مَتَى شَاءَ ، أَوْ يَهَبَهُ ، أَوْ يَرْجِعَ فِيهِ ، لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ،
 وَلَا الْوَقْفُ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْوَقْفِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَفْسُدَ
 الشَّرْطُ ، وَيَصِحَّ الْوَقْفُ ، بِنَاءً عَلَى الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِي
 الْوَقْفِ ، فَسَدَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ :
 يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكُ الْمَتَاعِ ، فَجَازَ شَرْطُ الْخِيَارِ فِيهِ ، كَالِإِجَارَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ

(١) تقدم في صفحة ١٨٤ .

شَرْطُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ شَرَطْنَا أَنْ لَهُ يَبْعُهُ مَتَى شَاءَ ، وَلَئِنْ إِرَازَهُ الْمَلِكُ لِلَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ فِيهِ كَالْعَقْدِ ^(٢) ، وَلَئِنْ لَيْسَ بِعَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ فِيهِ ، كَالْهَبَةِ . وَيُفَارِقُ الْإِجَارَةَ ، فَإِنَّهَا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، وَهِيَ تَوْعُّ مِنَ الْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ الْخِيَارَ إِذَا دَخَلَ فِي الْعَقْدِ ، مَنَعَ ثُبُوتَ حُكْمِهِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ أَوْ التَّصَرُّفِ ، وَهُنَا لَوْ ثَبَتَ الْخِيَارُ ، لَكَبِتَ مَعَ ثُبُوتِ حُكْمِ الْوَقْفِ ، وَلَمْ يَمْنَعِ التَّصَرُّفُ ، فَافْتَرَقَا .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ فِي الْوَقْفِ أَنْ يُخْرِجَ مَنْ شَاءَ مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ ، وَيُدْخِلَ مَنْ شَاءَ مِنْ غَيْرِهِمْ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْوَقْفِ ، فَافْسَدَهُ . كَمَا لَوْ شَرَطْنَا أَنْ لَا يَنْتَفِعَ بِهِ ^(٣) . وَإِنْ شَرَطَ لِلنَّازِلِ أَنْ يُعْطَى مِنْ يَشَاءُ مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ ، وَيَحْرِمَ مَنْ يَشَاءُ ، جَازَ / ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِإِخْرَاجٍ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ مِنَ الْوَقْفِ ، وَإِنَّمَا عَلَّقَ اسْتِحْقَاقَ الْوَقْفِ بِصِفَةٍ ، فَكَأَنَّهُ جَعَلَ لَهُ حَقًّا فِي الْوَقْفِ ، إِذَا اتَّصَفَ بِإِرَادَةِ الْوَالِي لِعَظِيمَتِهِ ^(٤) ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ حَقًّا إِذَا اتَّفَقَتْ تِلْكَ الصِّفَةُ فِيهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ وَقَفَ عَلَى الْمُشْتَغِلِينَ بِالْعِلْمِ ^(٥) مِنْ وَلَدِهِ ، فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ مِنْهُمْ مَنْ اشْتَغَلَ بِهِ دُونَ مَنْ لَمْ يَشْتَغَلْ ، فَلَوْ تَرَكَ الْمُشْتَغِلَ الْاشْتِعَالَ زَالَ اسْتِحْقَاقُهُ ^(٦) ، وَإِذَا عَادَ إِلَيْهِ عَادَ اسْتِحْقَاقُهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : إِذَا جَعَلَ غُلُوَ دَارِهِ مَسْجِدًا دُونَ سُفْلِهَا ، أَوْ سُفْلَهَا دُونَ غُلُوِّهَا ، صَحَّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ يَتَّبِعُهُ هَوَاؤُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهَا ، كَذَلِكَ يَصِحُّ ^(٧) وَقْفُهُ ، كَالدَّارِ جَمِيعِهَا ، وَلَئِنْ تَصَرَّفَ بِزَيْلِ الْمَلِكِ إِلَى مَنْ يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الْاسْتِقْرَارِ وَالتَّصَرُّفِ ، فَجَازَ فِيمَا ذَكَرْنَا كَالْبَيْعِ .

(٢) فِي ب ، م : « كَالْعَقْدِ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « بِعَظِيمَتِهِ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٦) فِي ب ، م : « الْاسْتِحْقَاقِ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « فَصَحَّ » .

فصل : وإن جعلَ وَسَطَ دارِهِ مَسْجِدًا ، ولم يَذْكُرِ الاسْتِطْرَاقَ ، صَحَّ ، وقال أبو حنيفة : لا يَصِحُّ حتى يَذْكُرَ الاسْتِطْرَاقَ . ولنا ، أَنَّهُ عَقْدٌ يُبَيِّحُ الْإِتِّفَاعَ ، من ضَرُورَتِهِ الاسْتِطْرَاقَ ، فَصَحَّ ، وإن لم يَذْكُرِ الاسْتِطْرَاقَ ، كما لو أَجَرَ بَيْتًا من دَارِهِ .

فصل : إِذَا وَقَفَ عَلَى نَفْسِهِ ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، أَوْ عَلَى وَلَدِهِ ، ففِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، وَقَدْ سُئِلَ عَنْ هَذَا ، فَقَالَ : لَا أَعْرِفُ الْوَقْفَ إِلَّا مَا أَخْرَجَهُ اللَّهُ ، ^(٨) (وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ ^(٩)) ، فَإِذَا وَقَفَهُ عَلَيْهِ حَتَّى يَمُوتَ ، فَلَا أَعْرِفُهُ . فعلى هذه الرِّوَايَةِ يَكُونُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ بَاطِلًا . وَهَلْ يَنْطَلُ الْوَقْفُ عَلَى مَنْ بَعْدَهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ الْإِبْتِدَاءِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكًَا لِلرَّقَبَةِ وَالْمَنْفَعَةِ ^(٩) ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُمْلِكَ الْإِنْسَانُ نَفْسَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ نَفْسَهُ مَالَ نَفْسِهِ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى نَفْسِهِ إِنَّمَا حَاصِلُهُ مَنْعُ نَفْسِهِ التَّصَرُّفَ فِي رَقَبَةِ الْمِلْكِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ أَعْرَضَهُ بِأَنْ يَقُولَ : لَا أَبِيعُ هَذَا وَلَا أَهْبُهُ وَلَا أُورِثُهُ . وَنَقَلَ جَمَاعَةٌ أَنَّ الْوَقْفَ صَحِيحٌ ، اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَهِيَ أَصَحُّ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنِ شُبْرُمَةَ ، وَأَبِي يُوسُفَ ، وَابْنِ سُرَيْجٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا اشْتَرَطَ أَنْ يَرْجِعَ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ مَنَافِعِهِ ، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَقِفَ وَقْفًا عَامًّا فَيَنْتَفِعَ بِهِ ، كَذَلِكَ إِذَا خَصَّ نَفْسَهُ بِإِتِّفَاعِهِ ، وَالْأَوَّلُ أَقْيَسُ .

٩٢١ - مسألة ؛ قال : (وَالباقى عَلَى مَنْ وَقَفَ عَلَيْهِ وَأَوْلَادِهِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ ظ ١٤٩/٥

مِنْ أَوْلَادِ الْبَنِينَ بَيْنَهُمُ بِالسُّوِّيَّةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَأَقِفُ فَضَّلَ بَعْضُهُمْ)

فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَصُولٌ أَرْبَعَةٌ :

(٨ - ٨) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ سَبْلُهُ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ لِلْمَنْفَعَةِ » .

الأول : أنه إذا وَقَفَ على قومٍ وأولادهم وعقبهم ونسلهم ، كان الوقف بين القوم وأولادهم ، ومن حَدَثَ من نسلهم ، على سبيل الاشتراك ، إن لم تَقْتَرِنْ به قَرِينَةٌ تَقْتَضِي تَرْتِيبًا ؛ لأنَّ الواوَ تَقْتَضِي الاشتراكَ ، فإذا اجْتَمَعُوا اشْتَرَكُوا ، ولم يُقَدِّم بعضهم على بعض ، ويُشَارِكُ الآخِرُ الأوَّلَ ، وإن كان من البطنِ العاشرِ ، وإذا حَدَثَ حَمْلٌ لم يُشَارِكْ حتى يَنْفَصِلَ ؛ لأنه يَحْتَمِلُ أن لا يكونَ حَمَلًا ، فلا يَثْبُتُ له حُكْمُ الْوَلَدِ قَبْلَ انْفِصَالِهِ .

فصل : فإن قال : وَقَفْتُ على أولادى ، ثم على المساكين . أوقال : عَلَى وَلَدِي ، ثم على المساكين . أو على وَلَدِ فُلَانٍ ، ثم على المساكين . فقد رَوَى عن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنه يكونُ وَقْفًا على أولاده ، وأولادِ أولاده ، من الأولادِ البينين ، ما لم تَكُنْ قَرِينَةٌ تُصَرِّفُ عن ذلك . قال المروزي : قلتُ لأبي عبد الله : ما تقولُ في رَجُلٍ وَقَفَ ضَيْعَةً على وَلَدِهِ ، فماتَ الأولادُ ، وَتَرَكَوا الثُّنُوءَ حَوَامِلَ ؟ فقال : كُلُّ ما كان من أولادِ الذُّكُورِ ، بَنَاتٍ كُنَّ أَوْ بَنِينَ ، فَالضَّيْعَةُ مَوْقُوفَةٌ عَلَيْهِمْ ، وما كان من أولادِ الْبَنَاتِ ، فليس لهم فيه ^(١) شَيْءٌ ؛ لأنَّهم من رَجُلٍ آخَرَ . وقال أيضا في مَنْ وَقَفَ على وَلَدٍ على بن إسماعيلَ ، ولم يَقُلْ : إن ماتَ وَلَدٌ ^(٢) على بن إسماعيلَ دُفِعَ إلى وَلَدِ وَلَدِهِ ، فماتَ وَلَدٌ على بن إسماعيلَ : دُفِعَ إلى وَلَدِهِ أيضا ؛ لأنَّ هذا من وَلَدِ على بن إسماعيلَ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قال : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ ^(٣) . فَدَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ وَإِنْ سَفَلُوا . وَلَمَّا قال : ﴿ وَلَا بُوَيْهَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ ^(٤) . فَتَنَاولَ وَلَدُ الْبَيْنِ ، وكذلك كُلُّ مَوْضِعٍ ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى الْوَلَدَ دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ ، فَالْمُطْلَقُ من كَلَامِ الْآدَمِيِّ إِذَا خَلَا عَنْ قَرِينَةٍ ، يَتَبَغَى أَنْ يُحْمَلَ على الْمُطْلَقِ من كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى ، ويُفَسَّرُ بما يُفَسَّرُ به . ولأنَّ وَلَدَ وَلَدِهِ وَلَدٌ

(١) في الأصل : منه .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سورة النساء ١١ .

له ، بِدَلِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾ و ﴿ وَيَا بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴾ . وقال النبي ﷺ : « اَرْمُوا بَنِي إِسْمَاعِيلَ ، فَإِنَّ أَبَاكُمْ كَانَ رَامِيًا »^(٤) . وقال : « نَحْنُ بَنُو النَّضْرِ ابْنِ كِنَانَةَ »^(٥) . والقَبَائِلُ كُلُّهَا تُنْسَبُ إِلَى جُدُودِهَا . وَلِأَنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِ فُلَانٍ ، وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، دَخَلَ فِيهِ / وَلَدُ الْبَيْنِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُونُوا قَبِيلَةً . وقال القاضي ، وَأَصْحَابُهُ : لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْوَلَدِ بِحَالٍ ، سِوَاءٍ فِي ذَلِكَ وَلَدُ الْبَيْنِ وَلَوْ لَدِ الْبَنَاتِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ حَقِيقَةً وَغُرْفًا لِنَّمَا هُوَ وَلَدُهُ لِصُلْبِهِ ، وَإِنَّمَا يُسَمَّى وَلَدُ الْوَلَدِ وَلَدًا إِجْازًا ، وَلِهَذَا يَصِحُّ نَفْيُهُ ، فَيُقَالُ : مَا هَذَا وَلَدِي ، إِنَّمَا هُوَ وَلَدُ وَلَدِي . وَإِنْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي لِصُلْبِي . فَهُوَ آكَدٌ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي ، وَوَلَدُ وَلَدِي ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . دَخَلَ فِيهِ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ وَالثَانِي ، وَلَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الْبَطْنُ الثَّالِثُ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي ، وَوَلَدُ وَلَدِي ، وَوَلَدُ وَلَدِي . دَخَلَ فِيهِ ثَلَاثَةُ بَطُونٍ دُونَ مَنْ بَعْدَهُمْ . وَمَوْضِعُ الْخِلَافِ الْمُطْلَقِ ، فَأَمَّا مَعَ وَجُودِ دَلَالَةٍ تُصَرِّفُ إِلَى أَحَدِ الْمَحْمَلَيْنِ ، فَإِنَّهُ يُصَرِّفُ إِلَيْهِ بِغَيْرِ خِلَافٍ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عَلَى وَلَدِ فُلَانٍ . وَهُمْ قَبِيلَةٌ لَيْسَ فِيهِمْ وَلَدٌ مِنْ صُلْبِهِ ، فَإِنَّهُ يُصَرِّفُ إِلَى أَوْلَادِ الْأَوَّلَادِ بِغَيْرِ خِلَافٍ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، أَوْ وَلَدِي . وَلَيْسَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ صُلْبِهِ . أَوْ قَالَ : وَيُفَضَّلُ وَلَدُ الْأَكْبَرِ أَوْ الْأَعْلَمِ عَلَى غَيْرِهِمْ . أَوْ قَالَ : فَإِذَا خَلَّتِ الْأَرْضُ مِنْ عَقْبِي عَادَ إِلَى الْمَسَاكِينِ . أَوْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي غَيْرِ وَلَدِ الْبَنَاتِ . أَوْ غَيْرِ وَلَدِ فُلَانٍ . أَوْ قَالَ : يُفَضَّلُ الْبَطْنُ الْأَعْلَى عَلَى الثَّانِي . أَوْ قَالَ : الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى . وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ ، فَهَذَا يُصَرِّفُ لَفْظُهُ إِلَى جَمِيعِ نَسْلِهِ وَعَاقِبَتِهِ . وَإِنْ افْتَرَقَتْ بِهِ قَرِينَةٌ تُقْضِي تَخْصِيصَ أَوْلَادِهِ لِصُلْبِهِ بِالْوَقْفِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عَلَى وَلَدِي لِصُلْبِي . أَوْ الَّذِينَ يُلُونَنِي . وَنَحْوُ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْبَطْنِ الْأَوَّلِ دُونَ غَيْرِهِمْ . وَإِذَا قُلْنَا بِالتَّعْمِيمِ فِيهِمْ ،

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب التحريض على الرمي ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب قول الله تعالى : واذكر في الكتاب إسماعيل ... ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب نسبة الجن إلى إسماعيل ، من كتاب المناقب . صحيح البخاري ٤/٤٥ ، ١٧٩ ، ٢١٩ . وابن ماجه ، في : باب الرمي في سبيل الله ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢/٩٤١ . والإمام أحمد ، في : المسند ١/٣٦٤ ، ٥٠/٤ .

(٥) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من نفى رجلا من قبيلة ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢/٨٧١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٨٧١ .

إِمَّا لِلْقَرِينَةِ ، وَإِمَّا لِقَوْلِنَا بِأَنَّ الْمُطْلَقَ يَقْتَضِي التَّعْمِيمَ وَلَمْ يَكُنْ فِي لَفْظِهِ مَا يَقْتَضِي تَشْرِيكَاً
وَلَا تَرْتِيباً ، اِحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ كُلُّهُمْ عَلَى التَّشْرِيكِ ، لِأَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي اللَّفْظِ دُخُولاً
وَاحِداً ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ مُشْتَرَكاً ، كَالْوَأَلِ أَوْ أَمْرَهُمْ بِدَيْنٍ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَى
التَّرْتِيبِ ، عَلَى حَسَبِ التَّرْتِيبِ فِي الْمِيرَاثِ . وَهَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِقَوْلِهِ فِي مَنْ
وَقَفَ عَلَى وَلَدٍ عَلَى بْنِ إِسْمَاعِيلَ ، وَلَمْ يَقُلْ : إِنْ مَاتَ وَلَدُ عَلَى بْنِ إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَلَدِهِ
وَلَدِهِ . فَمَاتَ وَلَدُ عَلَى بْنِ إِسْمَاعِيلَ ، وَتَرَكَ وَلَداً ، فَقَالَ : إِنْ مَاتَ بَعْضُ وَلَدِ عَلَى بْنِ
إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَلَدِهِ أَيْضاً ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ وَلَدِ عَلَى بْنِ إِسْمَاعِيلَ . فَجَعَلَهُ لَوْلَدٍ مِنْ مَاتَ
مِنْ وَلَدِ عَلَى بْنِ إِسْمَاعِيلَ عِنْدَ مَوْتِ أَبِيهِ ، وَذَلِكَ أَنَّ وَلَدَ الْبَيْنِ لَمَّا دَخَلُوا فِي / قَوْلِ اللَّهِ
تَعَالَى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى ﴾ . وَلَمْ يَسْتَحِقْ وَلَدُ
الْبَيْنِ شَيْئاً مَعَ وُجُودِ آبَائِهِمْ ، وَاسْتَحَقُّوا عِنْدَ فَقْدِهِمْ ، كَذَا هُنَا . فَأَمَّا إِنْ وَصَّى لَوْلَدٍ
فَلَانٍ ، وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، فَلَا تَرْتِيبَ فِيهِ ، وَيَسْتَحِقُّ الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلُ عَلَى كُلِّ حَالٍ .

١٥٠/٥ ط

فصل : وَإِنْ رَتَّبَ فَقَالَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى وَلَدِي ، وَوَلَدَ وَلَدِي ، مَا تَنَاسَلُوا
وَتَعَاقَبُوا ، الْأَعْلَى فَلَا أَعْلَى ، أَوِ الْأَقْرَبُ فَلَا أَقْرَبَ ، أَوِ الْأَوَّلُ فَلَا أَوَّلَ ، أَوِ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ
ثُمَّ الْبَطْنُ الثَّانِي ، أَوْ عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي ، أَوْ عَلَى أَوْلَادِي ، فَإِنْ انْقَرَضُوا
فَعَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي . فَكُلُّ هَذَا عَلَى التَّرْتِيبِ ، فَيَكُونُ عَلَى مَا شَرَطَ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْبَطْنُ
الثَّانِي شَيْئاً حَتَّى يَنْقَرِضَ الْبَطْنُ كُلُّهُ . وَلَوْ بَقِيَ وَاحِدٌ مِنَ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ ، كَانَ الْجَمِيعُ
لَهُ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ ثَبَتَ بِقَوْلِهِ ، فَيَتَّبَعُ فِيهِ مُقْتَضَى كَلَامِهِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ،
وَأَوْلَادِهِمْ مَا تَعَاقَبُوا وَتَنَاسَلُوا ، عَلَى أَنَّهُ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَلَى وَلَدٍ كَانَ مَا كَانَ جَارِياً عَلَيْهِ
جَارِياً عَلَى وَلَدِهِ . كَانَ ذَلِكَ دَلِيلًا عَلَى التَّرْتِيبِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ اقْتَضَى التَّشْرِيكَ لَاقْتَضَى
التَّسْوِيَةَ ، وَلَوْ جَعَلْنَا لَوْلَدِ الْوَلَدِ سَهْماً مِثْلَ سَهْمِ أَبِيهِ ، ثُمَّ دَفَعْنَا إِلَيْهِ سَهْمَ أَبِيهِ ، صَارَ
لَهُ سَهْمَانِ ، وَلِغَيْرِهِ سَهْمٌ ، وَهَذَا يُنَافِي التَّسْوِيَةَ ، وَلِأَنَّهُ يُفَضِّلُ إِلَى تَفْضِيلِ وَلَدِ الْإِبْنِ
عَلَى الْإِبْنِ ، وَالظَّاهِرُ مِنْ إِرَادَةِ الْوَاقِفِ خِلَافَ هَذَا . فَإِذَا ثَبَتَ التَّرْتِيبُ فَإِنَّهُ يَتَرْتَّبُ بَيْنَ

كل وَلَدٍ^(٦) وَوَلَدِهِ ، فإذا ماتَ عن وَلَدٍ انْتَقَلَ إلى وَلَدِهِ سَهْمُهُ ، سواءَ بَقِيَ من البَطْنِ الأولِ أَحَدٌ أو لم يَبْقَ .

فصل : وإن رَتَّبَ بعضهم دُونَ بعضٍ ، فقال : وَقَفْتُ على وَلَدِي ، وَوَلَدِ وَلَدِي ، ثم على أَوْلَادِهِمْ . أو على أَوْلَادِي ، ثم على أَوْلَادِ أَوْلَادِي وأَوْلَادِهِمْ ، ما تَنَاسَلُوا وَتَعَاقَبُوا . أو قال : على أَوْلَادِي وأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، ثم على أَوْلَادِهِمْ وأَوْلَادِ أَوْلَادِهِمْ ، ما تَنَاسَلُوا . فهو على ما قال ، يَشْتَرِكُ من شَرَكٍ بينهم بالواو الْمُقْتَضِيَّةُ لِلْجَمْعِ والتَّشْرِيكِ ، وَيَتَرْتَّبُ^(٧) مَن رَتَّبَهُ بِحَرْفِ التَّرتِيبِ . ففي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى يَشْتَرِكُ الْوَلَدُ وَوَلَدُ الْوَلَدِ ، ثم إذا انْقَرَضُوا صارَ^(٨) لِمَن بَعْدَهُمْ . وفي الثَّانِيَةِ يَخْتَصُّ به الْوَلَدُ ، فإذا انْقَرَضُوا صارَ^(٩) مُشْتَرَكًا بَيْنَ مَن بَعْدَهُمْ . وفي الثَّالِثَةِ يَشْتَرِكُ فِيهِ الْبَطْنَانِ الْأَوَّلَانِ دُونَ غَيْرِهِمْ ، فإذا انْقَرَضُوا اشْتَرَكَ فِيهِ مَن بَعْدَهُمْ .

فصل : وإن قال : وَقَفْتُ على أَوْلَادِي ، ثم على أَوْلَادِ أَوْلَادِي ، / على أَنَّهُ مَن ماتَ من أَوْلَادِي عن وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لَوَلَدِهِ ، أو فَنَصِيْبُهُ لِأَخَوَاتِهِ ، أو لَوَلَدِ وَلَدِهِ ، أو لَوَلَدِ أَخِيهِ ، أو لِأَخَوَاتِهِ ، أو لَوَلَدِ أَخَوَاتِهِ . فهو على ما شَرَطَهُ . وإن قال : مَن ماتَ مِنْهُمْ عن وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لَوَلَدِهِ ، وَمَن ماتَ مِنْهُمْ عن غَيْرِ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لِأَهْلِ الْوَقْفِ . وكان له ثَلَاثَةُ بَنِينَ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ عن ابْنَيْنِ ، انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إِلَيْهِمَا ، ثم ماتَ الثَّانِي عن غَيْرِ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ^(١٠) لِأَخِيهِ وَابْنَتِي أَخِيهِ بالسَّوِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُم أَهْلُ الْوَقْفِ . ثم إن ماتَ أَحَدُ ابْنَيْ الْإِبنِ عن غَيْرِ وَلَدٍ ، انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إلى أَخِيهِ وَعَمِّهِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَهْلُ الْوَقْفِ . ولو ماتَ أَحَدُ الْبَنِينَ الثَّلَاثَةِ عن غَيْرِ وَلَدٍ ، وَخَلَفَ^(١١) أَخُوَيْهِ وَابْنَتِي^(١٢) أَخِيهِ ، فَنَصِيْبُهُ لِأَخَوَاتِهِ^(١٣)

و ١٥١/٥

(٦) في م : « ولد » .

(٧) في م : « وترتيب » .

(٨ - ٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٩) تكرر بعد هذا في م قوله : « لأهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه إليهما ثم مات

الثاني عن غير ولد فنصيبه » السابق .

(١٠ - ١٠) في الأصل : « لإخوته وبنى » .

(١١) في الأصل : « لأخوته » .

دون ابْنِي أَخِيهِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ مَا دَامَ أَبُوهُمَا حَيًّا ، فَإِذَا مَاتَ أَبُوهُمَا ، صَارَ نَصِيْبُهُ لهما . فَإِذَا مَاتَ الثَّالِثُ ، كَانَ نَصِيْبُهُ لِابْنِي أَخِيهِ بِالسَّوِيَّةِ ، إِنْ لَمْ يُخْلَفْ وَلَدًا ، وَإِنْ خُلِفَ ابْنًا وَاحِدًا ، فَلَهُ نَصِيْبُ أَبِيهِ ، وَهُوَ النِّصْفُ ، وَلِابْنِي عَمِّهِ النِّصْفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ الرُّبْعُ . وَإِنْ قَالَ : مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ^(١٢) غَيْرِ وَلَدٍ ، كَانَ مَا كَانَ جَارِيًا عَلَيْهِ جَارِيًا عَلَى مَنْ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ^(١٣) مُرْتَبًا بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ ، كَانَ نَصِيْبُ الْمَيِّتِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ لِأَهْلِ الْبَطْنِ الَّذِي هُوَ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْبَطْنَيْنِ كِلَاهُمَا ، اخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ نَصِيْبُهُ بَيْنَ أَهْلِ الْوَقْفِ كُلِّهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ فِي اسْتِحْقَاقِ الْوَقْفِ سَوَاءٌ ، فَكَانُوا فِي دَرَجَتِهِ مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ ، وَلَأَنَّا لَوْ صَرَفْنَا نَصِيْبَهُ إِلَى بَعْضِهِمْ ، أَفْضَى إِلَى تَفْضِيلِ بَعْضِهِمْ ، وَالتَّشْرِيكَ يَقْتَضِي السَّوِيَّةَ . فَعَلَى هَذَا يَكُونُ وُجُودُ هَذَا الشَّرْطِ كَعَدَمِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ سَكَتَ عَنْهُ ، كَانَ الْحُكْمُ فِيهِ كَذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعُودَ نَصِيْبُهُ إِلَى سَائِرِ أَهْلِ الْبَطْنِ الَّذِي هُوَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُمْ فِي دَرَجَتِهِ فِي الْقُرْبِ إِلَى الْجَدِّ الَّذِي يَجْمَعُهُمْ ، وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ إِخْوَتُهُ وَبَنُو عَمِّهِ وَبَنُو بَنِي عَمِّ أَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُمْ سَوَاءٌ فِي الْقُرْبِ ، وَلَأَنَّا لَوْ شَرَكْنَا بَيْنَ أَهْلِ الْوَقْفِ كُلِّهِمْ فِي نَصِيْبِهِ ، لَمْ يَكُنْ فِي هَذَا الشَّرْطِ فَائِدَةٌ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ قَصَدَ شَيْئًا يُفِيدُ . فَعَلَى هَذَا إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي دَرَجَتِهِ أَحَدٌ ، بَطَلَ هَذَا الشَّرْطُ ، وَكَانَ الْحُكْمُ فِيهِ كَالْوَقْفِ لَمْ يَذْكُرْهُ . وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْبَطْنِ الْأَوَّلِ ، عَلَى أَنَّهُ مِنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ وَلَدٍ انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إِلَى وَلَدِهِ ، وَمَنْ مَاتَ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إِلَى مَنْ فِي دَرَجَتِهِ ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ نَصِيْبُهُ بَيْنَ أَهْلِ الْوَقْفِ كُلِّهِمْ ، يَتَسَاوَوْنَ فِيهِ / ،^{١٥١/٥} سَوَاءً كَانُوا^(١٤) مِنْ بَطْنٍ وَاحِدٍ أَوْ مِنْ بَطْنَيْنِ ، وَسَوَاءً تَسَاوَتْ أَنْصِبَاؤُهُمْ فِي الْوَقْفِ ، أَوْ اخْتَلَفَتْ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَالثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ لِأَهْلِ بَطْنٍ^(١٥) ، سَوَاءً كَانُوا مِنْ أَهْلِ

(١٢) فِي م : « مَنْ » .

(١٣) فِي م : « الْوَقْفِ » .

(١٤) فِي م : « كَانَ » .

(١٥) فِي م : « بَطْنِهِ » .

الْوَقْفِ أَوْ لَمْ يَكُونُوا ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ ثَلَاثَةً ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ عَنْ ابْنِ ، ثُمَّ مَاتَ الثَّانِي عَنْ ابْنَيْنِ ، فَمَاتَ أَحَدُ الْابْنَيْنِ ، وَتَرَكَ أَخَاهُ وَعَمَّهُ وَابْنَ عَمِّهِ وَابْنًا لِعَمِّهِ الْحَيِّ ، فَيَكُونُ نَصِيبُهُ بَيْنَ أَخِيهِ وَابْنَيْ عَمِّهِ . وَالثَّالِثُ ، أَنْ يَكُونَ لِأَهْلِ بَطْنِهِ مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ ، فَيَكُونُ نَصِيبُهُ عَلَى هَذَا لِأَخِيهِ وَابْنِ عَمِّهِ الَّذِي مَاتَ أَبُوهُ ، فَإِنْ كَانَ فِي دَرَجَتِهِ فِي النَّسَبِ مَنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْإِسْتِحْقَاقِ بِحَالٍ ، كَرَجُلٍ لَهُ أَرْبَعَةُ بَنِينَ ، وَقَفَّ عَلَى ثَلَاثَةِ مِنْهُمْ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ ، وَتَرَكَ الرَّابِعَ ، فَمَاتَ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، لَمْ يَكُنْ لِلرَّابِعِ فِيهِ شَيْءٌ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْإِسْتِحْقَاقِ ، فَأُشْبِهَ ابْنَ^(١٦) عَمِّهِمْ .

فصل : وَإِنْ وَقَفَّ عَلَى بَنِيهِ وَهُمْ ثَلَاثَةٌ ، عَلَى أَنَّ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ^(١٧) مِنْ فُلَانٍ وَفُلَانٍ وَأَوْلَادِهِمْ عَنْ وَلَدٍ فَنَصِيبُهُ لَوَلَدِهِ ، وَإِنْ مَاتَ فُلَانٌ فَنَصِيبُهُ لِأَهْلِ الْوَقْفِ . فَهُوَ عَلَى مَا شَرَطَ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ لَهُ بَنُونَ وَبَنَاتٌ ، فَقَالَ : مَنْ مَاتَ مِنَ الذُّكُورِ فَنَصِيبُهُ لَوَلَدِهِ ، وَمَنْ مَاتَ مِنَ الْبَنَاتِ فَنَصِيبُهَا لِأَهْلِ الْوَقْفِ . فَهُوَ عَلَى مَا قَالَ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، عَلَى أَنْ يُصَرَّفَ إِلَى الْبَنَاتِ مِنْهُ أَلْفٌ ، وَالباقى لِلْبَنِينَ . لَمْ يَسْتَحِقَّ الْبَنُونَ شَيْئًا حَتَّى تَسْتَوْفَى الْبَنَاتُ الْأَلْفَ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ لِلْبَنَاتِ مُسَمًّى ، وَجَعَلَ لِلْبَنِينَ الْفَاضِلَ عَنْهُ ، فَكَانَ الْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا قَالَ ، فَجَعَلَ الْبَنَاتُ كَذَوِي الْفُرُوضِ الَّذِينَ سَمَّى اللَّهُ لَهُمْ قَرْضًا ، وَجَعَلَ الْبَنِينَ كَالْعَصَبَاتِ الَّذِينَ لَا يَسْتَحِقُّونَ إِلَّا مَا فَضَّلَ عَنْ ذَوِي الْفُرُوضِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ بَنِينَ فَقَالَ : وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي فُلَانٍ وَفُلَانٍ ، وَعَلَى وَلَدِي وَلَدِي . كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْابْنَيْنِ الْمُسَمَّيْنِ ، وَعَلَى أَوْلَادِهِمَا ، وَأَوْلَادِ الثَّالِثِ ، وَلَيْسَ لِلثَّالِثِ شَيْءٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَدْخُلُ الثَّالِثُ فِي الْوَقْفِ . وَذَكَرَ أَنَّ أَحْمَدًا قَالَ فِي رَجُلٍ قَالَ : وَقَفْتُ هَذِهِ الضَّيْعَةَ عَلَى وَلَدِي فُلَانٍ وَفُلَانٍ ، وَعَلَى وَلَدِي وَلَدِي . وَلَهُ وَلَدٌ غَيْرُ

(١٦) فِي الْأَصْلِ : ابْنِي .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : م .

هؤلاء ، قال : يَشْتَرِ كُونَ فِي الْوَقْفِ . واحتج القاضي بأن قوله : وَلَدَى . يَسْتَعْرِقُ
الْجِنْسَ ، فَيُعْمُ الْجَمِيعَ ، وقوله : فلان وفلان . تَأْكِيدٌ لِبَعْضِهِمْ ، فلا يُوجِبُ إِخْرَاجَ
بَقِيَّتِهِمْ ، كَالْعَطْفِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ
وَمِيكَالَ ﴾ (١٨) . ولنا ، أَنَّهُ أَبْدَلَ بَعْضَ / الْوَلَدِ مِنَ اللَّفْظِ الْمُتَنَاولِ لِلْجَمِيعِ ، فَاخْتَصَّ
بِالْبَعْضِ الْمُبْدَلِ ، كما لو قال : عَلَى وَلَدَى فَلَانٍ . وذلك لِأَنَّ بَدَلَ الْبَعْضِ يُوجِبُ
اِخْتِصَاصَ الْحُكْمِ بِهِ ، كَقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ
إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ (١٩) . لما خَصَّ الْمُسْتَطِيعَ بِالذِّكْرِ ، اخْتَصَّ الْجُوبُ بِهِ . ولو قال :
ضَرَبْتُ زَيْدًا رَأْسَهُ . ورَأَيْتُ زَيْدًا وَجْهَهُ . اخْتَصَّ الضَّرْبُ بِالرَّأْسِ ، والرُّؤْيُ بِالْوَجْهِ .
ومنه قولُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَيَجْعَلُ الْخَبِيثَ بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ ﴾ (٢٠) . وقولُ القائل :
طَرَحْتُ الثِّيَابَ بَعْضُهَا فَوْقَ بَعْضٍ . فَإِنَّ الْفَوْقِيَّةَ تَخْتَصُّ بِالْبَعْضِ مَعَ عُمُومِ اللَّفْظِ
الْأَوَّلِ . كَذَا هُنَا . وفَارَقَ الْعَطْفُ ، فَإِنَّ عَطْفَ الْخَاصِّ عَلَى الْعَامِّ يَفْتَضِي تَأْكِيدَهُ ،
لَا تَخْصِيصَهُ . وقولُ أَحْمَدَ : هُمْ شُرَكَاءُ . يَحْتَمِلُ أَنْ يَعُودَ إِلَى أَوْلَادٍ أَوْ أَوْلَادِهِ ، أَى يَشْتَرِكُ
أَوْلَادُ الْمُوقُوفِ عَلَيْهِمَا (٢١) وَأَوْلَادُ غَيْرِهِمْ ؛ لِغُمُومِ لَفْظِ الْوَاقِفِ فِيهِمْ ، وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ
كَلَامِهِ عَلَيْهِ ، لِإِقْيَامِ الدَّلِيلِ عَلَيْهِ . ولو قال : عَلَى وَلَدَى فَلَانٍ وَفُلَانٍ ، ثُمَّ عَلَى
الْمَسَاكِينِ . خُرَجَ فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ مَا ذَكَرْنَا . وَيَحْتَمِلُ (٢٢) عَلَى قَوْلِ الْقَاضِي (٢٣)
أَنْ يَدْخُلَ فِي الْوَقْفِ وَلَدُ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّا قَدْ ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّ قَوْلَهُ :
وَقَفْتُ عَلَى وَلَدَى . يَتَنَاولُ نَسْلَهُ وَعَاقِبَتَهُ كُلَّهُ .

فصل : ومن وَقَفَ عَلَى (٢٣) أَوْلَادِهِ أَوْ أَوْلَادِ غَيْرِهِ (٢٤) ، وفيهم حَمْلٌ ، لم يَسْتَحِقِّ

(١٨) سورة البقرة ٩٨ .

(١٩) سورة آل عمران ٩٧ .

(٢٠) سورة الأنفال ٣٧ .

(٢١) في الأصل : « عليهم » .

(٢٢ - ٢٣) سقط من : م .

(٢٣ - ٢٤) في الأصل : « أولاد وأولاد غيره » . وفي م : « أولاد وأولاد غيره » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

شيئاً قبل انفصاليه ؛ لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاليه . قال أحمد ، في رواية جعفر بن محمد ، في من وقف نخلاً على قوم ، وما توالدوا ، ثم ولد مولود : فإن كانت النخل قد أبرت ، فليس له فيه شيء ، وهو للأول ، وإن لم تكن قد أبرت ، فهو معهم . وإنما قال ذلك لأنها قبل التأخير تتبع الأصل في البيع ، وهذا المولود^(٢٤) يستحق نصيبه من الأصل فيتبعه حصته من الثمرة ، كما لو اشترى ذلك النصيب من الأصل ، وبعد التأخير لا تتبع الأصل ، ويستحقها من كان له الأصل ، فكانت للأول ؛ لأن الأصل كان كله له ، فاستحق ثمرته ، كما لو باع هذا النصيب منها ، ولم يستحق المولود منها شيئاً كالمشتري . وهكذا الحكم في سائر ثمر الشجر الظاهر ، فإن المولود لا يستحق منه شيئاً ، ويستحق مما^(٢٥) ظهر بعد ولادته . وإن كان الوقف أرضاً فيها زرع يستحقه البائع ، فهو للأول . وإن كان مما يستحقه المشتري ، فلمولود حصته منه ؛ لأن المولود يتجدد استحقاقه للأصل ، كتجدد ملك المشتري فيه .

١٥٢/٥ ظ **الفصل الثاني : إذا وقف على قوم ، / وأولادهم ، وعاقبتهم ، ونسلهم . دحل** في الوقف ولد البنين ، بغير خلاف نعلمه ، فأما ولد البنات ، فقال الخرقي : لا يدخلون فيه . وقد قال أحمد ، في من وقف على ولده : ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء . فهذا النص يحتمل أن يعدى إلى هذه المسألة ، ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده . وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم . وممن قال إنه^(٢٦) لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده ، مالك ، ومحمد بن الحسن . وهكذا قال : على ذريتهم ونسلهم . وقال أبو بكر ، وعبد الله ابن حامد : يدخل فيه ولد البنات . وهو مذهب الشافعي ، وأبي يوسف ؛ لأن البنات أولاده ،^(٢٧) فأولادهن أولاد الأولاد^(٢٨) حقيقة ، فيجب أن يدخلوا في

(٢٤) في الأصل : « الموجود » .

(٢٥) في الأصل : « ما » .

(٢٦) سقط من : م .

(٢٧ - ٢٨) في : « وأولادهن أولاد » .

الْوَقْفُ ، لِتَنَاوُلِ اللَّفْظِ لَهُمْ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَى صِحَّةِ هَذَا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَنُوحًا هَدَيْنَا مِنْ قَبْلُ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ ﴾ إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ وَعِيسَى ﴾ (٢٨) .
وهو من وَلَدِ بَنْتِهِ ، فَجَعَلَهُ مِنْ ذُرِّيَّتِهِ ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى قِصَّةَ عِيسَى وَإِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَإِسْمَاعِيلَ وَإِدْرِيسَ ، ثُمَّ قَالَ : ﴿ أُولَئِكَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ مِنَ النَّبِيِّينَ مِنْ ذُرِّيَةِ آدَمَ وَمِمَّنْ حَمَلْنَا مَعَ نُوحٍ وَمِنْ ذُرِّيَةِ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْرَائِيلَ ﴾ (٢٩) . وَعِيسَى مَعَهُمْ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْحَسَنِ : « إِنَّ أُنْبَى هَذَا سَيِّدٌ » (٣٠) . وَهُوَ وَلَدُ بَنْتِهِ . وَلَمَّا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَحَلَّائِلُ أَبْنَائِكُمُ ﴾ (٣١) . دَخَلَ فِي التَّحْرِيمِ حَلَّائِلُ أَبْنَاءِ الْبَنَاتِ ، وَلَمَّا حَرَّمَ اللَّهُ تَعَالَى الْبَنَاتِ ، دَخَلَ فِي التَّحْرِيمِ بَنَاتُهُنَّ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى ﴾ . فَدَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ دُونَ وَلَدِ الْبَنَاتِ ، وَهَكَذَا كُلُّ مَوْضِعٍ ذُكِرَ فِيهِ الْوَلَدُ فِي الْإِزْثِ وَالْحَجَبِ ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ دُونَ وَلَدِ الْبَنَاتِ . وَلِأَنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِ رَجُلٍ ، وَقَدْ صَارُوا قَبِيلَةً ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ دُونَ وَلَدِ الْبَنَاتِ بِالْإِتِّفَاقِ ، وَكَذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرُوا قَبِيلَةً . وَلِأَنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِ الْعَبَّاسِ فِي عَصَرِنَا ، لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ وَلَدُ بَنَاتِهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا وَقَفَ عَلَيْهِمْ فِي حَيَاتِهِ ، وَلِأَنَّ وَلَدَ الْبَنَاتِ مَنْسُوبُونَ إِلَى آبَائِهِمْ دُونَ أُمَّهَاتِهِمْ ، قَالَ الشَّاعِرُ (٣٢) :

(٢٨) سورة الأنعام ٨٤ ، ٨٥ .

(٢٩) سورة مريم ٥٨ .

(٣٠) تقدم تخريجه في : ٩٨/٤ .

(٣١) سورة النساء ٢٣ .

(٣٢) نسب البيت للفرزدق . وهو في : الحماسة ، لأبي تمام ٢٧٤/١ . وانظر حاشية دلائل الإعجاز

بَنُوْنَا بَنُوْ اَبْنَانِنَا وَبَنَاتِنَا بَنُوْهُنَّ اَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْاَبَاعِدِ

١٥٣/٥ و

وقولهم : إِنْهُمْ اَوَّلَادُ/ اَوَّلَادِ (٣٣) حَقِيقَةً . قُلْنَا : اِلَّا اَنْتُمْ لَا يَنْتَسِبُوْنَ اِلَى الْوَقِفِ عَرَفًا ،
ولذلك لو قال : اَوَّلَادُ اَوَّلَادِى الْمُتَنَسِّبِيْنَ اِلَى . لم يَدْخُلْ هُوْلَاءِ فِى الْوَقِفِ . وَلَٰنْ وَلَدَ
الهاشِمِيَّةِ مِنْ غَيْرِ الهاشِمِيِّ لَيْسَ بِهَا شَيْعَى ، وَلَا يَنْسَبُ اِلَى اَبِيهَا . وَاَمَّا عِيسَى عَلَيْهِ
السَّلَامُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ اَبٌ يَنْسَبُ اِلَيْهِ ، فَتَنَسَّبَ اِلَى اُمِّهِ لِعَدَمِ اَبِيهِ ، وَلِذَلِكَ يَقَالُ عِيسَى
ابْنُ مَرْيَمَ ، وَغَيْرُهُ اِنْمَّا يَنْسَبُ اِلَى اَبِيهِ ، كَيْحَى بِنَ زَكَرِيَّا . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « اِنْ
اَبْنِى هَذَا سَيِّدٌ » . تَجَوُّزٌ بِغَيْرِ خِلَافٍ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ اللّٰهِ تَعَالٰى : ﴿ مَا كَانَ مُحَمَّدٌ اَبَا
اَحَدٍ مِّنْ رِّجَالِكُمْ ﴾ (٣٤) . وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا اِذَا لَمْ يُوجَدْ مَا يَدْخُلُ عَلَى تَعْيِيْنِ اَحَدٍ
الْاَمْرَيْنِ ، فَاَمَّا اِنْ وُجِدَ مَا يَصْرِفُ اللَّفْظَ اِلَى اَحَدِهِمَا ، انْصَرَفَ اِلَيْهِ . وَلَوْ قَالَ : عَلَى
اَوَّلَادِى ، وَاَوَّلَادِ اَوَّلَادِى ، عَلَى اَنْ لَوْلَدِ الْبَنَاتِ سَهْمًا ، وَلَوْلَدِ الْبَنِيْنَ سَهْمَيْنِ . اَوْ :
فَاِذَا خَلَّتِ الْاَرْضُ مِمَّنْ يَرْجِعُ نَسَبُهُ اِلَى مَنْ قَبْلَ اَبٍ اَوْ اُمٍّ ، كَانَ لِلْمَسَاكِيْنِ . اَوْ كَانَ
الْبَطْنُ الْاَوَّلُ مِنْ اَوَّلَادِهِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِمْ كُلُّهُمْ بَنَاتٌ ، وَاشْبَاهُ هَذَا مِمَّا يَدْخُلُ عَلَى اِرَادَةِ
وَلَدِ الْبَنَاتِ بِالْوَقِفِ ، دَخَلُوا فِى الْوَقِفِ . وَاِنْ قَالَ : عَلَى اَوَّلَادِى ، وَاَوَّلَادِ اَوَّلَادِى
الْمُتَنَسِّبِيْنَ اِلَى ، اَوْ غَيْرِ ذَوِى الْاَرْحَامِ ، اَوْ نَحْوِ ذَلِكَ . لم يَدْخُلْ فِيْهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وَاِنْ
قَالَ : عَلَى وَلَدِى فُلَانٍ وَفُلَانَةٍ وَفُلَانَةٍ (٣٥) ، وَاَوَّلَادِهِمْ ، دَخَلَ فِيْهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ .
وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : عَلَى اَنَّهُ مَن مَّا مِنْهُمْ عَنْ وَلَدِهِ فَتَنْصِيْبُهُ لَوْلَدِهِ . وَاِنْ قَالَ الهاشِمِيُّ :
وَقَفْتُ عَلَى اَوَّلَادِى ، وَاَوَّلَادِ اَوَّلَادِى الهاشِمِيَّيْنَ . لم يَدْخُلْ فِى الْوَقِفِ مِنْ اَوَّلَادِ بَنَاتِهِ
مَنْ كَانَ غَيْرَ هاشِمِيٍّ . فَاَمَّا مَنْ كَانَ هاشِمِيًّا مِنْ غَيْرِ اَوَّلَادِ بَنِيهِ ، فَهَلْ يَدْخُلُوْنَ ؟ عَلَى
وَجْهَيْنِ ؛ اَوَّلَاهُمَا ، اَنْهُمْ يَدْخُلُوْنَ ؛ لِاَنْهُمْ اجْتَمَعَ فِيْهِمُ الصَّفَتَانِ جَمِيْعًا ، كَوْنُهُمْ مِنْ
اَوَّلَادِ اَوَّلَادِهِ ، وَكَوْنُهُمْ هاشِمِيَّيْنَ . وَالثَّانِى ، لَا يَدْخُلُوْنَ ؛ لِاَنْهُمْ لَمْ يَدْخُلُوْا فِى مُطْلَقِ

(٣٣) فِى الْاَصْلِ : « اَوَّلَادِهِ » .

(٣٤) سُورَةُ الْاَحْزَابِ ٤٠ .

(٣٥) سَقَطَ مِنْ : الْاَصْلِ .

أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَقُلِ الْهَاشِمِيُّينَ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، مِمَّا يُنْسَبُ إِلَى قَبِيلَتِي . فَكَذَلِكَ .

الفصل الثالث : أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِ رَجُلٍ ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، اسْتَوَى فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّهُ تَشْرِيكَ^(٣٦) بَيْنَهُمْ ، وَإِطْلَاقُ التَّشْرِيكِ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَهُمْ بِشَيْءٍ ، وَكَوَلَّدَ الْأُمَّ فِي الْمِيرَاثِ حِينَ شَرَكَ اللَّهُ تَعَالَى بَيْنَهُمْ فِيهِ ، فَقَالَ : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ ﴾^(٣٧) . تَسَاوَوْا فِيهِ ، وَلَمْ يُفْضَلْ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ . وَلَيْسَ كَذَلِكَ فِي مِيرَاثِ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ وَوَلَدِ / الْأَبِ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ . وَلَا أَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا .

الفصل الرابع : أَنَّهُ إِذَا فَضَّلَ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ، فَهُوَ عَلَى مَا قَالَ ، فَلَوْ قَالَ : رَفَقْتُ عَلَى أَوْلَادِي ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، عَلَى أَنْ لِلذَّكَرِ سَهْمَيْنِ ، وَلِلْأُنْثَى سَهْمًا ، أَوْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ، أَوْ عَلَى حَسَبِ مِيرَاثِهِمْ ، أَوْ عَلَى حَسَبِ^(٣٨) قَرَائِصِهِمْ ، أَوْ بِالْعَكْسِ مِنْ هَذَا ، أَوْ عَلَى أَنْ لِلْكَبِيرِ ضِعْفُ مَا لِلصَّغِيرِ ، أَوْ لِلْعَالِمِ ضِعْفُ مَا لِلْجَاهِلِ ، أَوْ لِلْعَائِلِ ضِعْفُ مَا لِلْغَنِيِّ ، أَوْ عَكْسَ ذَلِكَ ، أَوْ عَيْنَ بِالتَّفْضِيلِ وَاجِدًا مُعِينًا ، أَوْ وَلَدَهُ ، أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا ، فَهُوَ عَلَى مَا قَالَ ؛ لِأَنَّ ابْتِدَاءَ الْوَقْفِ مُفَوَّضٌ إِلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ تَفْضِيلُهُ وَتَرْتِيبُهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ شَرَطَ إِخْرَاجَ بَعْضِهِمْ بِصِفَةٍ^(٣٩) وَرَدَّهُ بِصِفَةٍ^(٤٠) مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : مَنْ تَزَوَّجَ مِنْهُمْ فَلَهُ ، وَمَنْ فَارَقَ فَلَا شَيْءَ لَهُ ، أَوْ عَكْسَ ذَلِكَ ، أَوْ مَنْ حَفِظَ الْقُرْآنَ فَلَهُ ، وَمَنْ نَسِيَهِ فَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَمَنْ اشْتَغَلَ بِالْعِلْمِ فَلَهُ ، وَمَنْ تَرَكَ فَلَا شَيْءَ لَهُ ، أَوْ مَنْ كَانَ عَلَى مَذْهَبٍ كَذَا فَلَهُ ، وَمَنْ خَرَجَ مِنْهُ فَلَا شَيْءَ لَهُ . فَكُلُّ هَذَا صَحِيحٌ عَلَى مَا شَرَطَ . وَقَدْ رَوَى هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ ، أَنَّ الزُّبَيْرَ جَعَلَ دُورَهُ صَدَقَةً عَلَى بَنِيهِ لَا تَبَاغُ وَلَا تَوْهَبُ ،

(٣٦) فِي الْأَصْلِ : « شَرِك » .

(٣٧) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٢ .

(٣٨) فِي الْأَصْلِ : « قَدَر » .

(٣٩ - ٣٨) سَقَطَ مِنْ : م .

وَأَنَّ لِّلْمَرْدُودَةِ مِنْ بَنَاتِهِ أَنْ تَسْكُنَ غَيْرَ مُضِرَّةٍ وَلَا مُضَرٍّ بِهَا ، فَإِنْ اسْتَعْنَتْ بِزَوْجٍ فَلَا حَقَّ لَهَا فِي الْوَقْفِ . وَلَيْسَ هَذَا تَعْلِيلًا لِلْوَقْفِ بِصِفَةٍ ، بَلِ الْوَقْفُ مُطْلَقٌ وَالْإِسْتِحْقَاقُ لَهُ بِصِفَةٍ . وَكُلُّ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا .

فصل : وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يُقَسَّمِ الْوَقْفُ عَلَى أَوْلَادِهِ ، عَلَى حَسَبِ قِسْمَةِ اللَّهِ تَعَالَى الْمِيرَاثِ بَيْنَهُمْ ، لِلذَّكْرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى . وَقَالَ الْقَاضِي : الْمُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الذَّكْرِ وَالْأُنثَى ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ الْقُرْبَةَ عَلَى وَجْهِ الدَّوَامِ ، وَقَدْ اسْتَوَوْا فِي الْقَرَابَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِصَالٌ لِلْمَالِ إِلَيْهِمْ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ الْمِيرَاثِ ، كَالْعَطِيَّةِ ، وَلِأَنَّ الذَّكْرَ فِي مِطْنَةِ الْحَاجَةِ أَكْثَرُ مِنَ الْأُنثَى ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الْعَادَةِ يَتَزَوَّجُ ، وَيَكُونُ لَهُ الْوَلَدُ ، فَالذَّكْرُ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ امْرَأَتِهِ ^(٤٠) وَأَوْلَادِهِ ، وَالْمَرْأَةُ يَنْفَقُ عَلَيْهَا زَوْجُهَا ^(٤١) وَلَا يَلْزَمُهَا ^(٤٢) نَفَقَةُ أَوْلَادِهَا ، وَقَدْ فَضَّلَ اللَّهُ الذَّكْرَ عَلَى الْأُنثَى فِي الْمِيرَاثِ عَلَى وَفْقِ هَذَا الْمَعْنَى ، فَيَصِحُّ تَعْلِيلُهُ بِهِ . وَيَتَعَدَّى إِلَى الْوَقْفِ وَإِلَى غَيْرِهِ مِنَ الْعَطَايَا وَالصَّلَاتِ .

وَمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي لَا أَصْلَ لَهُ ، وَهُوَ مُلْعَى بِالْمِيرَاثِ وَالْعَطِيَّةِ . / فَإِنْ خَالَفَ فَسَوَّى بَيْنَ الذَّكْرِ وَالْأُنثَى ، أَوْ فَضَّلَهَا عَلَيْهِ ، أَوْ فَضَّلَ بَعْضَ الْبَنِينَ أَوْ بَعْضَ الْبَنَاتِ عَلَى بَعْضٍ ، أَوْ خَصَّ بَعْضَهُمْ بِالْوَقْفِ دُونَ بَعْضٍ ، فَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ : إِنْ كَانَ عَلَى طَرِيقِ الْأَثَرَةِ ، فَأَكْرَهُهُ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى أَنَّ بَعْضَهُمْ لَهُ عِيَالٌ وَبِهِ حَاجَةٌ . يَعْنِي فَلَا بَأْسَ بِهِ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الزُّبَيْرَ خَصَّ الْمَرْدُودَةَ مِنْ بَنَاتِهِ دُونَ الْمُسْتَعْنِيَةِ مِنْهُنَّ بِصَدَقَتِهِ . وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ، لَوْ خَصَّ الْمُشْتَغِلِينَ بِالْعِلْمِ مِنْ أَوْلَادِهِ بِوَقْفِهِ ، تَخْرِيبًا لَهُمْ عَلَى طَلَبِ الْعِلْمِ ، أَوْ ذَا الدِّينِ دُونَ الْفُسَّاقِ ، أَوْ الْمَرِيضِ ، أَوْ مَنْ لَهُ فَضْلٌ مِنْ أَجْلِ فَضِيلَتِهِ ، فَلَا بَأْسَ . وَقَدْ دَلَّ عَلَى صِحَّةِ هَذَا أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِّيقَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، نَحَلَ عَائِشَةَ جِدَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا دُونَ سَائِرِ وَلَدِهِ ^(٤٣) ، وَحَدِيثُ عَمَرَ ، أَنَّهُ كَتَبَ :

(٤٠) فِي الْأَصْلِ : « زَوْجَتِهِ » .

(٤١ - ٤٢) فِي الْأَصْلِ : « وَلَا يَجِبُ عَلَيْهَا » .

(٤٣) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا لَا يَجُوزُ مِنَ النَحْلِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . الْمُوطَأُ ٧٥٢/٢ . وَابْيَهَقِ ، =

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ، هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ عَبْدُ اللَّهِ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ، إِنْ حَدَّثَ بِهِ حَدَّثَ ، أَنْ تُمْعَا وَصِرْمَةً بِنِ الْأَكْوَاعِ ، وَالْعَبْدُ الَّذِي فِيهِ ، وَالْمِائَةُ سَهْمٍ الَّتِي بِحَبِيرٍ ، وَرَقِيقَهُ الَّذِي فِيهِ ، الَّذِي أَطْعَمَهُ مُحَمَّدٌ ﷺ بِالْوَادِ ، تَلِيَهُ حَفْصَةُ مَا عَاشَتْ ، ثُمَّ يَلِيهِ ذُو الرُّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا ، أَنْ لَا يُبَاعَ وَلَا يُشْتَرَى ، يُنْفَقُهُ حَيْثُ رَأَى مِنَ السَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ وَذَوِي الْقُرْبَى ، لَا حَرَجَ عَلَى مَنْ وَلِيَهُ إِنْ أَكَلَ أَوْ آكَلَ أَوْ اشْتَرَى رَقِيقًا مِنْهُ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٤٣) . وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى تَخْصِيصِ حَفْصَةَ دُونَ إِخْوَتِهَا وَأَخَوَاتِهَا .

٩٢٢ - مسألة ؛ قال : (فَإِذَا لَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أَحَدٌ ، رَجَعَ إِلَى الْمَسَاكِينِ)

يعنى إِذَا وَقَفَ عَلَى قَوْمٍ وَنَسَلَهُمْ ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَأَنْقَرَضَ الْقَوْمُ وَنَسَلُهُمْ ، فَلَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أَحَدٌ ، رَجَعَ إِلَى الْمَسَاكِينِ ، وَلَا (١) يَنْتَقِلُ إِلَيْهِمْ مَا دَامَ أَحَدٌ مِنَ الْقَوْمِ أَوْ مِنْ نَسْلِهِمْ بَاقِيًا ؛ لِأَنَّهُ رَبُّهُ لِلْمَسَاكِينِ بَعْدَهُمْ . وَالْمَسَاكِينُ الَّذِينَ يَسْتَحِقُّونَ السَّهْمَ مِنَ الزَّكَاةِ ، وَالْفُقَرَاءُ يَدْخُلُونَ فِيهِمْ ، وَكَذَلِكَ لَفْظُ الْفُقَرَاءِ يَدْخُلُ فِيهِ الْمَسَاكِينُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ اللَّفْظَيْنِ يُطْلَقُ عَلَيْهِمَا ، وَالْمَعْنَى الَّذِي يُسَمَّيانِ بِهِ شَامِلٌ لِحُمَا ، وَهُوَ الْحَاجَةُ وَالْفَاقَةُ ، وَهَذَا الْمَاسَمَى اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ الْمَسَاكِينِ ، فِي مَصْرِفِ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ ، وَكَفَّارَةِ الظُّهَارِ ، وَفِدْيَةِ الْأَذَى ، تَنَاولَهُمَا جَمِيعًا ، وَجَازَ الصَّرْفُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَمَّا ذَكَرَ الْفُقَرَاءَ فِي قَوْلِهِ : ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ (٢) . وَفِي قَوْلِهِ : ﴿ وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ ﴾ (٣) . تَنَاولَ الْقِسْمَيْنِ ، وَكُلُّ / مَوْضِعٍ ذُكِرَ فِيهِ أَحَدُ اللَّفْظَيْنِ تَنَاولَ الْقِسْمَيْنِ ، إِلَّا فِي الصَّدَقَاتِ ، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَمَعَ بَيْنَ الْأَسْمَيْنِ ،

= في : باب شرط القبض في الهبة ، وباب ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم في العطية ... ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٧٠ / ٦ ، ١٧٨ .

(٤٣) في : باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ١٠٥ / ٢ .

(١) في ب ، م : « ولم ينتقل » .

(٢) سورة البقرة ٢٧٣ .

(٣) سورة البقرة ٢٧١ .

وَمَيَّزَ بَيْنَ الْمُسَمَّيَيْنِ ، فَاحْتَجَبْنَا إِلَى التَّمْيِيزِ بَيْنَهُمَا ، وَفِي غَيْرِ الصَّدَقَاتِ يُسَمَّى ^(٤) الْكُلُّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَسْمَنِ ، فَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ الْأَسْمَنِ بِالْوَقْفِ أَيْضًا ، فَقَالَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، نِصْفَيْنِ ، أَوْ ثَلَاثًا . وَجَبَ التَّمْيِيزُ بَيْنَهُمَا أَيْضًا ^(٥) ، فَتَرَلْنَاهُمَا مَنَزِلَتُهُمَا مِنْ سِبْهَامِ الصَّدَقَاتِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ جَوَازُ الْأَقْتِصَارِ عَلَى أَحَدِ الصَّنْفَيْنِ ، وَإِبَاحَةُ الدَّفْعِ إِلَى وَاحِدٍ ، كَمَا قُلْنَا فِي الزَّكَاةِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَجُوزَ الدَّفْعُ إِلَى أَقَلِّ مِنْ ثَلَاثَةٍ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ ، بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ فِي الزَّكَاةِ أَيْضًا . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَا يَجِبُ تَعْمِيمُهُمْ بِالْعَطِيَّةِ ، كَمَا لَا يَجِبُ اسْتِيعَابُهُمْ بِالزَّكَاةِ ، وَلَا فِي أَنَّهُ يَجُوزُ التَّفْضِيلُ بَيْنَ مَنْ يُعْطِيهِ مِنْهُمْ ، سَوَاءً كَانُوا ذُكُورًا أَوْ إِنَاثًا ، أَوْ كَانَ الْوَقْفُ أَيْدَاءً ، أَوْ انْتَقَلَ إِلَيْهِمْ عَنْ غَيْرِهِمْ . وَضَابِطُ هَذَا أَنَّهُ مَتَى كَانَ الْوَقْفُ عَلَى مَنْ يُمَكِّنُ حَصْرَهُمْ وَاسْتِيعَابَهُمْ ، وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ، وَجَبَ اسْتِيعَابُهُمْ وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ، إِذَا لَمْ يُفْضَلِ الْوَاقِفُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ، فَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَنْ لَا يُمَكِّنُ حَصْرَهُمْ ، كَالْمَسَاكِينِ ، أَوْ قَبِيلَةٍ كَبِيرَةٍ كِبْنَى تَمِيمٍ وَبَنَى هَاشِمٍ ، جَازَ الدَّفْعُ إِلَى وَاحِدٍ وَإِلَى أَكْثَرِ مِنْهُ ، وَجَازَ التَّفْضِيلُ وَالتَّسْوِيَةُ ؛ لِأَنَّ وَقْفَهُ عَلَيْهِمْ ، مَعَ عِلْمِهِ بِتَعَدُّدِ اسْتِيعَابِهِمْ ، دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُرِدْهُ ، وَمَنْ جَازَ حِرْمَانَهُ ، جَازَ تَفْضِيلُ غَيْرِهِ عَلَيْهِ . فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ فِي أَيْدَائِهِ عَلَى مَنْ يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُ ^(٦) ، فَصَارَ مِمَّنْ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُ ، كَرَجُلٍ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ ، فَصَارَ وَقَافِلَةً كَبِيرَةً تَخْرُجُ عَنِ الْحَصْرِ ، مِثْلَ أَنْ يَقِفَ عَلَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى وَلَدِهِ وَنَسْلِهِ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ تَعْمِيمُ مَنْ أُمَكَّنَ مِنْهُمْ ، وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ؛ لِأَنَّ التَّعْمِيمَ كَانَ وَاجِبًا ، وَكَذَلِكَ التَّسْوِيَةُ ، فَإِذَا تَعَدَّرَ ، وَجَبَ مِنْهُ مَا أُمَكَّنَ ، كَالْوَاجِبِ الَّذِي يَعْجُزُ عَنْ بَعْضِهِ ؛ وَلِأَنَّ الْوَاقِفَ هُنَا ^(٧) أَرَادَ التَّعْمِيمَ وَالتَّسْوِيَةَ ، لِإِمْكَانِهِ وَصَلَاحِ

(٤) فِي م : : يَسْتَحَقُّ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : : اسْتِيعَابُهُمْ .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م .

لَفِظُهُ لَذَلِكَ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِمَا أَمَكَّنَ مِنْهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانُوا حَالَ الْوَقْفِ مَعْنً (٨) لَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِيهِمْ .

فصل : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى سَبِيلِ اللَّهِ ، أَوْ ابْنِ السَّبِيلِ ، أَوْ الرِّقَابِ ، أَوْ الْغَارِمِينَ ، فَهَمُّ الَّذِينَ يَسْتَحِقُّونَ السَّهْمَ مِنَ الصَّدَقَاتِ ، لَا يَعْدُوهُمْ إِلَى غَيْرِهِمْ ، لِأَنَّ الْمُطْلَقَ مِنْ كَلَامِ الْآدَمِيِّينَ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَعْنُودِ فِي الشَّرْعِ ، فَيَنْظَرُ / ؛ مَنْ كَانَ يَسْتَحِقُّ السَّهْمَ مِنَ الصَّدَقَاتِ ، فَالْوَقْفُ مَصْرُوفٌ إِلَيْهِ ، وَشَرْحُهُمْ يَأْتِي فِي مَوْضِعِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ وَقَفَ عَلَى الْأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ الَّذِينَ يَأْخُذُونَ الصَّدَقَاتِ ، صُرِفَ إِلَيْهِمْ ، وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِنَ الْوَقْفِ مِثْلَ الْقَدْرِ الَّذِي يُعْطَى مِنَ الزَّكَاةِ ، لَا يُزَادُ عَلَى ذَلِكَ ، فَيُعْطَى الْفَقِيرُ وَالْمِسْكِينُ مَا يَتِمُّ بِهِ غِنَاؤُهُ ، وَالْغَارِمُ قَدْرَ مَا يَقْضِي غُرْمَهُ ، وَالْمَكَاتِبُ قَدْرَ (٩) مَا يُؤَدِّي بِهِ كِتَابَتَهُ ، وَابْنُ السَّبِيلِ مَا يُبَلِّغُهُ ، وَالْغَارِي مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِعَزْوِهِ وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا . وَاخْتَلَفَ فِي قَدْرِ مَا يَحْصُلُ بِهِ الْغَنَى ، فَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ عَلَى بَنِ سَعِيدٍ ، فِي الرَّجُلِ يُعْطَى مِنَ الْوَقْفِ خَمْسِينَ دِرْهَمًا ، فَقَالَ : إِنْ كَانَ الْوَاقِفُ ذَكَرَ فِي كِتَابِهِ الْمَسَاكِينَ ، فَهُوَ مِثْلُ الزَّكَاةِ . وَإِنْ كَانَ مُتَطَوِّعًا أُعْطِيَ مَا شَاءَ وَكَيْفَ شَاءَ . فَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى الْحَاقَةِ بِالزَّكَاةِ ، فَيَكُونُ الْخِلَافُ فِيهِ كَالْخِلَافِ فِي الزَّكَاةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جَمِيعِ الْأَصْنَافِ ، أَوْ عَلَى صِنْفَيْنِ ، أَوْ أَكْثَرَ ، فَهَلْ يَجُوزُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى صِنْفٍ وَاحِدٍ ، أَوْ يَجِبُ إِعْطَاءُ بَعْضِ كُلِّ صِنْفٍ مِنَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الزَّكَاةِ .

فصل : وَإِذَا وَقَفَ عَلَى سَبِيلِ اللَّهِ ، وَسَبِيلِ الثَّوَابِ ، وَسَبِيلِ الْخَيْرِ ، فَسَبِيلُ اللَّهِ هُوَ الْعَزُّوُ وَالْجِهَادُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، فَيُصْرَفُ ثُلُثُ الْوَقْفِ إِلَى مَنْ يُصْرَفُ إِلَيْهِ السَّهْمُ مِنَ الزَّكَاةِ ، وَهُمْ الْعُرَاةُ الَّذِينَ لَا حَقَّ لَهُمْ فِي الدِّيَّانِ (١٠) ، وَإِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ ، وَسَائِرُ

(٨) فِي م : « مَا » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٠) فِي م : « الدِّيَّان » .

الْوَقْفُ يُصَرَّفُ إِلَى كُلِّ مَا فِيهِ أَجْرٌ وَمَثُوبَةٌ وَخَيْرٌ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ عَامٌّ فِي ذَلِكَ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : يُجْزَأُ الْوَقْفُ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ، فَجُزْءٌ يُصَرَّفُ إِلَى الْعُرَاةِ ، وَجُزْءٌ يُصَرَّفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ مِنَ الْفُقَرَاءِ ، لِأَنَّهُمْ أَكْثَرُ الْجِهَاتِ ثَوَابًا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « صَدَقْتُكَ عَلَى ذِي الْقَرَابَةِ صَدَقَةً وَصِلَةً »^(١١) . وَالثَّالِثُ يُصَرَّفُ إِلَى مَنْ يَأْخُذُ الزَّكَاةَ لِحَاجَتِهِ ، وَهُمْ خَمْسَةُ أَصْنَافٍ ؛ الْفُقَرَاءُ ، وَالْمَسَاكِينُ ، وَالرَّقَابُ ، وَالْغَارِمُونَ لِمَصْلَحَتِهِمْ ، وَابْنُ السَّبِيلِ ؛ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ أَهْلُ حَاجَةٍ مُنْصُوصٌ عَلَيْهِمْ فِي الْقُرْآنِ ، فَكَانَ مَنْ نَصَّ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ فِي كِتَابِهِ أَوَّلَى مِنْ غَيْرِهِ ، وَإِنْ سَاوَاهُ فِي الْحَاجَةِ ، وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّ لَفْظَهُ عَامٌّ ، فَلَا يَجِبُ التَّخْصِيسُ بِالْبَعْضِ لِكَوْنِهِ أَوَّلَى ، كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ فِي الزَّكَاةِ ، لَا يَجِبُ تَخْصِيسُ أَقَارِبِهِ مِنْهُمْ بِهَا / ، وَإِنْ كَانُوا أَوَّلَى ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْأَلْفَاظِ الْعَامَّةِ . وَإِنْ أَوْصَى فِي أَبْوَابِ الْبَرِّ ، صَرَّفَ إِلَى^(١٢) كُلِّ مَا فِيهِ بَرٌّ وَقُرْبَةٌ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : يُصَرَّفُ فِي أَرْبَعِ جِهَاتٍ ؛ أَقَارِبِهِ غَيْرِ الْوَارِثِينَ ، وَالْمَسَاكِينِ ، وَالْجِهَادِ ، وَالْحَجِّ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَعَنْهُ فِدَاءُ الْأَسْرَى مَكَانَ الْحَجِّ . وَوَجْهُ الْقَوْلَيْنِ مَا تَقَدَّمَ فِي الَّتِي قَبْلَهَا .

٩٢٣ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (فَإِنْ لَمْ يَجْعَلْ آخِرَهُ لِلْمَسَاكِينِ ، وَلَمْ يَنْقُ مِنْ وَقْفٍ عَلَيْهِ أَحَدٌ ، رَجَعَ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى يَكُونُ وَقْفًا عَلَى أَقْرَبِ عَصَبَةِ الْوَاقِفِ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَقْفَ^(١) الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِي صِحَّتِهِ ، مَا كَانَ مَعْلُومَ الْاِئْتِدَاءِ وَالْاِئْتِهَالِ ، غَيْرَ مُنْقَطِعٍ ، مَثَلُ أَنْ يُجْعَلَ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، أَوْ طَائِفَةٍ لَا يَجُوزُ بِحُكْمِ الْعَادَةِ

(١١) تقدم تخريجه في : ٩٩/٤ .

(١٢) في م : « في » .

(١) في م : « الواقف » .

انْقِرَاضُهُمْ . وإن كان غير معلوم الانتهاء ، مثل أن يقف على قومٍ يجوز انْقِرَاضُهُمْ بِحُكْمِ الْعَادَةِ ، ولم يجعل آخره للمساكين ، ولا لجهة غير مُتَقَطِّعَةٍ ، فإن الوقف يصح . وبه قال مالك ، وأبو يوسف ، والشافعي في أحد قوليهِ . وقال محمد بن الحسن : لا يصح . وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأن الوقف مُقتَضاهُ التأييد ، فإذا كان مُتَقَطِّعًا صار وقفًا على مجهول ، فلم يصح ، كما لو وقف على مجهول في الابتداء . ولنا ، أنه تصرف معلوم المصريف ، فصَحَّ ، كما لو صرح بمصرفته المتصل ، ولأن الإطلاق إذا كان له عُرْفٌ ، حُمِلَ عليه ، كنفذ البلد وعُرِفَ المصريف ، وهُنا هم أولى الجهات به ، فكأنه عينُهُمْ . إذا ثبت هذا ، فإنه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقارب الواقف^(٢) . وبه قال الشافعي . وعن أحمد رواية أخرى ، أنه ينصرف إلى المساكين . واختاره القاضي ، والشريف أبو جعفر ؛ لأنهم^(٣) مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها ، فإذا وجدت صدقة غير معينة المصريف ، انصرفت إليهم ، كما لو نذر صدقة مطلقه . وعن أحمد رواية ثالثة ، أنه يجعل في بيت مال المسلمين ؛ لأنه مال لا مستحق له ، فأشبهه مال من لا وارث له . وقال أبو يوسف : يرجع إلى الواقف وإلى ورثته^(٤) ، إلا أن يقول : صدقة موقوفة ، يُنفق منها على فلان وعلى فلان . فإذا انقضى المسمى كانت للفقراء والمساكين . لأنه جعلها صدقة على مسمى ، فلا تكون على غيره ، ويُفارق ما إذا قال : يُنفق منها على فلان وفلان . فإنه جعل الصدقة مطلقه . ولنا ، أنه أزال ملكه لله تعالى ، فلم يجوز أن يرجع إليه ، كما لو اعتق عبداً ، والدليل على صرفه إلى أقارب الواقف ، أنهم أولى الناس بصدقته ، بدليل قول النبي ﷺ : « صَدَقْتُكَ عَلَى غَيْرِ رَحِمِكَ صَدَقَةٌ ، وَصَدَقْتُكَ عَلَى رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ »^(٥) . وقال : « إِنَّكَ أَنْ تَدْعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ

(٢) في م : « الوقف » .

(٣) في م : « لأنه » .

(٤) في الأصل : « وارثه » .

(٥) تقدم تخريجه في : ٩٩/٤ .

تَدْعُهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ^(٦) . وَلَأن فِيهِ^(٧) إِغْنَاءُهُمْ وَصِلَةٌ أَرْحَامِهِمْ ، لِأَنَّهُمْ أَوْلَى النَّاسِ بِصَدَقَاتِهِ التَّوَافِلِ وَالْمَفْرُوضَاتِ ، كَذَلِكَ صَدَقَتُهُ الْمَنْقُولَةُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ فِي ظَاهِرِ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، وَظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ، يَكُونُ لِلْفُقَرَاءِ مِنْهُمْ وَالْأَغْنِيَاءِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ^(٨) لَا يَخْتَصُّ الْفُقَرَاءَ^(٩) ، وَلَوْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ ، تَنَاوَلَ الْفُقَرَاءُ وَالْأَغْنِيَاءُ ، كَذَا هُنَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَخْتَصُّ الْفُقَرَاءَ مِنْهُمْ ، لِأَنَّهُمْ أَهْلُ الصَّدَقَاتِ دُونَ الْأَغْنِيَاءِ ، وَلَأنَّا خَصَصْنَاهُمْ بِالْوَقْفِ^(١٠) لَكُونَهُمْ أَوْلَى النَّاسِ بِالصَّدَقَةِ ، وَأَوْلَى النَّاسِ بِالصَّدَقَةِ الْفُقَرَاءُ دُونَ الْأَغْنِيَاءِ . وَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فِي مَنْ يَسْتَحِقُّ الْوَقْفَ مِنْ أَقْرَبَاءِ الْوَاقِفِ ، فَفِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ، يَرْجِعُ إِلَى الْوَرِثَةِ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّهُمُ الَّذِينَ صَرَفَ اللَّهُ تَعَالَى إِلَيْهِمْ مَالَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَاسْتِغْنَائِهِ عَنْهُ ، فَكَذَلِكَ يُصَرَفُ إِلَيْهِمْ مِنْ صَدَقَتِهِ مَا لَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَصْرِفًا ، وَلَأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنَّكَ أَنْ تَتْرَكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . فَعَلَى هَذَا يَكُونُ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ مِيرَاثِهِمْ ، وَيَكُونُ وَقْفًا عَلَيْهِمْ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَذَكَرَهُ الْقَاضِي ، لِأَنَّ الْوَقْفَ يَقْتَضِي التَّأْيِيدَ ، وَإِنَّمَا صَرَفْنَاهُ إِلَى هَؤُلَاءِ لِأَنَّهُمْ أَحَقُّ النَّاسِ بِصَدَقَتِهِ ، فَصَرَفَ إِلَيْهِمْ مَعَ بَقَائِهِ صَدَقَةً . وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ الْخِرَقِيِّ أَنْ يُصَرَفَ إِلَيْهِمْ عَلَى سَبِيلِ الْإِثْرِ ، وَيَبْتَطِلُ الْوَقْفُ فِيهِ . فَعَلَى هَذَا يَكُونُ كَقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، يَكُونُ وَقْفًا عَلَى أَقْرَبِ عَصَبَةِ الْوَاقِفِ ، دُونَ بَقِيَّةِ الْوَرِثَةِ مِنْ أَصْحَابِ الْفُرُوضِ ، وَدُونَ الْبَعِيدِ مِنَ الْعَصَبَاتِ^(١١) ، فَيُقَدَّمُ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ ، عَلَى حَسَبِ اسْتِحْقَاقِهِمْ لَوَلَاءِ الْمَوَالِي ، لِأَنَّهُمْ خُصُّوا بِالْعَقْلِ عَنْهُ ، وَبِمِيرَاثِ مَوَالِيهِ ، فَخُصُّوا بِهَذَا أَيْضًا . وَهَذَا لَا يَقْوَى عِنْدِي ، فَإِنَّ اسْتِحْقَاقَهُمْ لِهَذَا دُونَ غَيْرِهِمْ مِنَ النَّاسِ لَا يَكُونُ

(٦) تقدم تخريجه في ٣٧/٦ . من حديث سعد ابن أبي وقاص « والثالث كثير » .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨ - ٩) في الأصل : « لا يحصل للفقراء » .

(٩) في ب ، م : « بالوقوف » .

(١٠) في م : « المصابات » .

إِلَّا^(١١) بِدَلِيلٍ ، مِنْ نَصٍّ أَوْ إجماعٍ أَوْ قِيَاسٍ ، وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ نَصًّا ، وَلَا إجماعًا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى مِيرَاثٍ وَلَا عِوَاذِ الْمَوَالِي ؛ لِأَنَّ عِلَّتَهُ لَا تَتَحَقَّقُ هُنَا . وَأَقْرَبُ الْأَقْوَالِ فِيهِ صَرْفُهُ إِلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّهُمْ مَصَارِفُ مَالِ اللَّهِ تَعَالَى وَحُقُوقُهُ ، فَإِنْ كَانَ فِي أَقَارِبِ الْوَاقِفِ / مَسَاكِينُ ، كَانُوا أَوْلَى بِهِ ، لَا عَلَى سَبِيلِ الْوُجُوبِ ، كَمَا أَنََّّهُمْ أَوْلَى بِرَكَاتِهِ ١٥٦/٥ ظ وَصِلَاتِهِ مَعَ جَوَازِ الصَّرْفِ إِلَى غَيْرِهِمْ ، وَلَئِنَّا إِذَا صَرَفْنَاهُ إِلَى أَقَارِبِهِ عَلَى سَبِيلِ التَّعْيِينِ ، فَهِيَ أَيْضًا جِهَةٌ مُنْقَطِعَةٌ ، فَلَا يَتَحَقَّقُ اتِّصَالُهُ إِلَّا بِصَرْفِهِ إِلَى الْمَسَاكِينِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَكُونُ وَقْفًا عَلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ ، الذَّكْرُ وَالْأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ .

فصل : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْوَاقِفِ أَقَارِبُ ، أَوْ كَانَ لَهُ أَقَارِبُ فَأَنْقَرَضُوا ، صُرِفَ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَقَفًا عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ بِهِ الثَّوَابُ الْجَارِي عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الدَّوَامِ ، وَإِنَّمَا قَدَّمْنَا الْأَقَارِبَ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، لِكَوْنِهِمْ أَوْلَى ، فَإِذَا لَمْ يَكُونُوا ، فَالْمَسَاكِينُ أَهْلٌ لَذَلِكَ ، فَصُرِفَ إِلَيْهِمْ ، إِلَّا عَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ يُصَرَّفُ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ مُلْكًا لَهُمْ . فَإِنَّهُ يُصَرَّفُ عِنْدَ عَدَمِهِمْ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ بَطَلَ الْوَقْفُ فِيهِ بِانْقِطَاعِهِ ، وَصَارَ مِيرَاثًا لَا وَارِثَ لَهُ ، فَكَانَ يَبْتَغِي الْمَالُ بِهِ أَوْلَى .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ هَذَا . وَسَكَتَ ، أَوْ قَالَ : صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ . وَلَمْ يَذْكُرْ سَبِيلَهُ^(١٢) . فَلَا نَصَّ فِيهِ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَصِحُّ الْوَقْفُ . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ فِي النَّذْرِ الْمُطْلَقِ : يَنْعَقِدُ مُوجِبًا لِكِفَارَةِ يَمِينٍ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَى ، فَوَجِبَ أَنْ يَصِحَّ مُطْلَقُهُ ، كَالْأَضْحِيَّةِ وَالْوَصِيَّةِ . وَلَوْ قَالَ : وَصَّيْتُ بِثُلْثِ مَالِي . صَحَّ ، وَإِذَا صَحَّ صُرِفَ إِلَى مَصَارِفِ الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ بَعْدَ انْقِرَاضِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ .

(١١) فِي م : (مِنْ) .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : (سَبِيلُهُ) .

فصل : وإن وَقَفَ على مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ، ^(١٣) ثم على مَنْ لا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ^(١٤) ، مثل أن يَقِفَ على أولاده ، ثم على البِيع . صَحَّ الْوَقْفُ أيضا ، وَيُصَرَّفُ ^(١٥) بعد انْقِرَاضِ مَنْ يَصِحُّ ^(١٥) الْوَقْفُ عليه إلى مَنْ يُصَرَّفُ إليه الْوَقْفُ الْمُتَقَطِّعُ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَهُ لمن لا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه وَعَدَمَهُ واحدٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ الْوَقْفُ ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ مَا يَجُوزُ وَمَا لَا يَجُوزُ ، فَأَشْبَهَ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ .

فصل : وإن كَانَ الْوَقْفُ مُتَقَطِّعَ الْإِتْدَاءِ ، مثل أن يَقِفَهُ على مَنْ لا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ، كَتَنْفِيسِهِ ، أَوْ أُمِّ وَلَدِهِ ، أَوْ عَبْدِهِ ، أَوْ كَنِيسَةٍ ، أَوْ مَجْهُولٍ ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ، فَالْوَقْفُ بَاطِلٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ جَعَلَ مَالَهُ مِمَّا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ؛ ^(١٦) لِأَنَّهُ أَخْلَى بِأَحَدِ شَرْطَيْ الْوَقْفِ فَبُطِّلَ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ مَا لَا يَجُوزُ وَقْفُهُ . وَإِنْ جَعَلَ لَهُ مَا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ^(١٦) ، مثل أن يَقِفَهُ على عَبْدِهِ ، ثم على الْمَسَاكِينِ ، ففِي صِحَّتِهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ ، كَالْوَجْهَيْنِ ، فَإِذَا قُلْنَا : يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ، وَكَانَ مَنْ ^(١٧) لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه / مِمَّنْ ^(١٨) لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ انْقِرَاضِهِ ، كَالْمَيِّتِ وَالْمَجْهُولِ وَالْكُنَائِسِ ، صُرِفَ فِي الْحَالِ إِلَى مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ؛ لِأَنَّنَا ^(١٩) لَمَّا صَحَّحْنَا الْوَقْفَ مَعَ ^(٢٠) ذِكْرِ مَا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ، فَقَدْ أَلْغَيْنَاهُ ؛ فَإِنَّهُ يَتَعَذَّرُ التَّصْحِيحُ مَعَ ^(٢١) اعْتِبَارِهِ ، وَإِنْ كَانَ مَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ

(١٣ - ١٤) سقط من : الأصل .

(١٤) في ب ، م : « ويرجع » .

(١٥) في ب ، م : « جاز » .

(١٦ - ١٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٧) في الأصل : « ممن » .

(١٨) في الأصل : « مما » .

(١٩) في الأصل : « لأنه » .

(٢٠ - ٢١) سقط من : م .

انْقِرَاضِهِ ، كَأَمِّ وَلَدِهِ ^(٢١) ، وَعَبْدٌ مُعَيَّنٌ ، فِيهِ وَجْهَانِ ، أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يُصَرَّفُ ^(٢٢) فِي الْحَالِ إِلَى مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، كَالْتِي قَبْلَهَا . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ يُصَرَّفُ فِي الْحَالِ إِلَى مَصْرِفِ الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ ، إِلَى أَنْ يَنْقَرِضَ مَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، فَإِذَا انْقَرَضَ صُرِفَ إِلَى مَنْ يَجُوزُ . وَهَذَا الْوَجْهُ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّ الْوَاقِفَ إِنَّمَا جَعَلَهُ وَقْفًا عَلَى مَنْ يَجُوزُ بِشَرْطِ انْقِرَاضِ هَذَا ، فَلَا يَثْبُتُ بِدُونِهِ . وَفَارَقَ مَا لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارَ انْقِرَاضِهِ ، فَإِنَّهُ تَعَذَّرَ اعْتِبَارُهُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ صَحِيحَ الطَّرَفَيْنِ ، مُتَقَطِّعَ الْوَسْطِ ، مِثْلُ أَنْ يَقِفَ عَلَى وَلَدِهِ ، ثُمَّ عَلَى عِيْدِهِ ^(٢٣) ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . خُرُجٌ فِي صِحَّةِ الْوَقْفِ وَجْهَانِ ، كَمُنْقَطِعِ الْإِنْتِهَاءِ ، ثُمَّ يُنْظَرُ فِيمَا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ اعْتِبَارُ انْقِرَاضِهِ أَلْعَيْنَاهُ إِذَا قُلْنَا بِالصَّحَّةِ ، وَإِنْ أُمَكِّنَ اعْتِبَارُ انْقِرَاضِهِ فَهَلْ يُعْتَبَرُ أَوْ يُلْغَى ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، كَمَا تَقَدَّمَ ، وَإِنْ كَانَ مُنْقَطِعَ الطَّرَفَيْنِ ، صَحِيحَ الْوَسْطِ كَرَجُلٍ وَقَفَ عَلَى عِيْدِهِ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِ ، ثُمَّ عَلَى الْكَنِيسَةِ ، خُرُجٌ فِي صِحَّتِهِ أَيْضًا وَجْهَانِ ، وَمَصْرِفُهُ بَعْدَ مَنْ يَجُوزُ إِلَى مَصْرِفِ الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ .

٩٢٤ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَمَنْ وَقَفَ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ ، أَوْ قَالَ : هُوَ وَقَفَ بَعْدَ مَوْتِي . وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ ، وَقَفَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلْثِ ، إِلَّا أَنْ تُجِيزَ الْوَرَثَةُ) وَجَمَلَتْهُ أَنْ الْوَقْفَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ ، فِي اعْتِبَارِهِ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ، فَاعْتُبِرَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ مِنَ الثُّلْثِ ، كَالْعَتِقِ وَالْهَبَةِ . وَإِذَا خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ ، جَازَ مِنْ غَيْرِ رِضَا الْوَرَثَةِ ، وَلَزِمَ ، وَمَا زَادَ عَلَى الثُّلْثِ ، لَزِمَ الْوَقْفُ مِنْهُ فِي قَدْرِ الثُّلْثِ ،

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « الْوَلَدُ » .

(٢٢) فِي م : « يَنْصَرَفُ » .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « عِيْدُهُمْ » .

وَوَقَفَ الزَّائِدُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا عِنْدَ الْقَائِلِينَ بِلزومِ الْوَقْفِ ؛
وَذَلِكَ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرِثَةِ تَعَلَّقَ بِالْمَالِ بِوُجُودِ الْمَرَضِ ، فَمَنَعَ التَّبَرُّعَ بِزِيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ ،
كَالْعَطَايَا وَالْعَتَقِ . فَأَمَّا / إِذَا قَالَ : هُوَ وَقَفَ بَعْدَ مَوْتِي . فظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ ظ ١٥٧/٥
يَصِحُّ ، وَيُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ ، كَسَائِرِ الْوَصَايَا . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ . وَقَالَ
الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيْقٌ لِلْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ ، وَتَعْلِيْقٌ الْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ غَيْرِ
جَائِزٍ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ عُلِّقَ عَلَى شَرْطٍ فِي حَيَاتِهِ ، وَحَمَلَ كَلَامُ الْخِرَقِيِّ عَلَى أَنَّهُ قَالَ : قِفُوا
بَعْدَ مَوْتِي . فَيَكُونُ وَصِيَّةً بِالْوَقْفِ لَا إِيقَافًا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : قَوْلُ الْخِرَقِيِّ هَذَا
يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ تَعْلِيْقِ الْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ . وَلَنَا ، عَلَى صِحَّةِ الْوَقْفِ بِالْمُعَلَّقِ بِالْمَوْتِ ،
مَا اخْتَجَّ بِهِ الْإِمَامُ أَحْمَدُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ عَمْرَوَ وَصَّى ، فَكَانَ فِي وَصِيَّتِهِ : هَذَا مَا أَوْصَى
بِهِ عَبْدُ اللَّهِ عَمْرُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ إِنْ حَدَثَ بِهِ حَدَثٌ ، أَنْ تُنْفَعًا صَدَقَةً . وَذَكَرَ بَقِيَّةَ الْخَبَرِ
وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ ^(١) ، وَرَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِنَحْوِ مِنْ هَذَا ، وَهَذَا نَصٌّ فِي
مَسْأَلَتِنَا ، وَوَقْفُهُ هَذَا كَانَ بِأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلِأَنَّهُ اشْتَهَرَ فِي الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يُنْكَرْ ،
فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ مُعَلَّقٌ بِالْمَوْتِ ، فَصَحَّ كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ الْمُطْلَقَةِ ، أَوْ
نَقُولُ : صَدَقَةٌ مُعَلَّقَةٌ بِالْمَوْتِ ، فَأُشْبِهَتْ غَيْرَ الْوَقْفِ . وَيُفَارِقُ هَذَا التَّعْلِيْقَ عَلَى شَرْطٍ
فِي الْحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ الْهَبَةِ الْمُطْلَقَةِ ، وَالصَّدَقَةِ ، وَغَيْرِهِمَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا وَصِيَّةً ،
وَالْوَصِيَّةُ أَوْسَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الْحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ جَوَازِهَا بِالْمَجْهُولِ وَالْمَعْدُومِ ،
وَالْمَجْهُولِ ، وَلِلْحَمْلِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَبِهَذَا يَتَبَيَّنُ فَسَادُ قِيَاسِ مَنْ قَاسَ عَلَى هَذَا
الشَّرْطِ بَقِيَّةَ الشُّرُوطِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُ ابْتِدَاءِ الْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ فِي الْحَيَاةِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِذَا جَاءَ
رَأْسُ الشَّهْرِ فَدَارِي وَقَفْتُ ، أَوْ فَرَسِي حَبَسَ ^(٢) ، أَوْ إِذَا وُلِدَ لِي وَلَدٌ ، أَوْ إِذَا قَدِمَ لِي ^(٣)

(١) تقدم تحريجه في صفحة ١٨٤ .

(٢) في م : حبيس .

(٣) سقط من : الأصل .

غائبى . ونحو ذلك . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا ؛ لَأَنَّهُ نَقَلَ لِلْمَلِكِ فِيمَا لَمْ يُتَيْنِ عَلَى التَّغْلِيْبِ
وَالسَّرَايَةِ ، فَلَمْ يَجُزْ تَغْلِيْقُهُ عَلَى شَرْطٍ . كَالِهَيْبَةِ . وَسَوَى الْمُتَأَخَّرُونَ مِنْ أَصْحَابِنَا بَيْنَ
تَغْلِيْقِهِ بِالْمَوْتِ ، وَتَغْلِيْقِهِ بِشَرْطٍ فِي الْحَيَاةِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا فِيمَا
قَبْلَ هَذَا .

فصل : وَإِنْ عُلِّقَ انْتِهَاءُهُ عَلَى شَرْطٍ ، نَحْوُ قَوْلِهِ : دَارِى وَقَفْتُ إِلَى سَنَةٍ ، أَوْ إِلَى أَنْ
يَقْدَمَ الْحَاجُّ . لَمْ يَصِحَّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لَأَنَّهُ يُتَأَنَّى مُقْتَضَى الْوَقْفِ ، فَإِنْ مُقْتَضَاهُ
التَّأْيِيدُ . وَفِي الْآخَرِ يَصِحُّ ؛ لَأَنَّهُ مُنْقَطِعُ الْانْتِهَاءِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَقَفَهُ عَلَى مُنْقَطِعِ
الْانْتِهَاءِ ، فَإِنْ حَكَمْنَا بِصِحَّتِهِ هُنَا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مُنْقَطِعِ الْانْتِهَاءِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : هَذَا وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِى سَنَةً ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . صَحَّ . وَكَذَلِكَ
إِنْ قَالَ : هَذَا وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِى مُدَّةَ حَيَاتِي ، ثُمَّ هُوَ بَعْدَ مَوْتِي لِلْمَسَاكِينِ . صَحَّ ؛ لَأَنَّهُ
وَقَفْتُ مُتَّصِلُ الْإِتْدَاءِ وَالْإِنْتِهَاءِ . وَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِي .
صَحَّ ، وَيَكُونُ وَقْفًا عَلَى الْمَسَاكِينِ ، وَيُلْفَى ^(٤) قَوْلُهُ : عَلَى أَوْلَادِي . لِأَنَّ الْمَسَاكِينِ
لَا انْقِرَاضَ لَهُمْ .

فصل : وَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْوَقْفِ فِي مَرَضِهِ عَلَى بَعْضِ وَرَثَتِهِ ، فَعَنَهُ :
لَا يَجُوزُ ذَلِكَ ، فَإِنْ فَعَلَ وَقَفَ عَلَى إِجَارَةِ سَائِرِ الْوَرَثَةِ ، ^(٥) «فَإِنْ أَحْمَدُ قَالَ» ، فِي رِوَايَةِ
إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ ، فِي مَنْ أَوْصَى لِأَوْلَادِيْنِهِ بِأَرْضٍ تُوقَفُ عَلَيْهِمْ ، فَقَالَ : إِنْ لَمْ يَرْتُوهُ
فَجَائِزٌ . فظَاهِرٌ هَذَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ فِي الْمَرَضِ . اخْتَارَهُ أَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ ،
وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَجُوزُ أَنْ يَقِفَ عَلَيْهِمْ ثُلُثُهُ ،
كَالْأَجَانِبِ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ مِنْهُمْ الْمِمْوْنِيُّ : يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَقِفَ فِي مَرَضِهِ

(٤) فِي الْأَصْلِ : « وَيُلْفَى » .

(٥ - ٥) فِي م : « قَالَ أَحْمَدُ » .

على وَرَثَتِهِ . فقيل له : أليس تَذْهَبُ إلى ^(٦) أَنَّهُ لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ ؟ فقال : نعم ، والْوَقْفُ
 غَيْرُ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ ، وَلَا يَصِيرُ مِلْكًا لِلْوَرَثَةِ يَنْتَفِعُونَ بِعَلَّتِهِ . وقال ،
 في رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ ، فَإِنَّهُ صَرَّحَ فِي مَسْأَلَتِهِ بِوَقْفِ ثُلُثِهِ عَلَى بَعْضِ وَرَثَتِهِ دُونَ
 بَعْضٍ ، فَقَالَ : جَائِزٌ . قَالَ الْخَبْرِيُّ ^(٧) : وَأَجَازَ هَذَا الْأَكْثَرُونَ . وَاحْتَجَّ أَحْمَدُ ،
 بِحَدِيثِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ عَبْدُ اللَّهِ عُمَرُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ،
 إِنْ حَدَّثَ بِهِ حَدَّثَ أَنْ تَمْعًا صَدَقَةً ، وَالْعَبْدُ الَّذِي فِيهِ ، وَالسَّهْمُ الَّذِي بِخَيْرٍ ، وَرَقِيقَهُ
 الَّذِي فِيهِ ، وَالْمِائَةُ وَسُقِىَ التِّي ^(٨) أَطْعَمَنِي مُحَمَّدٌ ﷺ ، ثَلَاثَةَ حَفْصَةٍ مَا عَاشَتْ ، ثُمَّ يَلِيهِ
 ذَوُو الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهِ ، لَا يُبَاعُ ، وَلَا يُشْتَرَى ، يُنْفَقُ حَيْثُ يَرَى مِنَ السَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ
 وَذَوِي الْقُرْبَى ، وَلَا حَرَجَ عَلَى مَنْ وَلِيَهُ إِنْ أَكَلَ أَوْ اشْتَرَى رَقِيقًا . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَبُحْوٍ
 مِنْ هَذَا . فَالْحُجَّةُ أَنَّهُ جَعَلَ لِحَفْصَةٍ أَنْ تَلِيَّ وَقْفَهُ ، وَتَأْكُلَ مِنْهُ ، وَتُشْتَرَى رَقِيقًا . قَالَ
 الْمِمْمُونِيُّ : قُلْتُ لِأَحْمَدَ : إِنَّمَا أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ عُمَرَ بِالْإِقْفَافِ ، وَلَيْسَ فِي الْحَدِيثِ
 الْوَارِثُ . قَالَ : فَإِذَا كَانَ النَّبِيُّ ﷺ أَمْرَهُ وَهُوَ ذَا قَدْرٍ وَقَفَّهَا عَلَى وَرَثَتِهِ ، وَحَبَسَ الْأَصْلَ
 عَلَيْهِمْ جَمِيعًا ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ لَيْسَ فِي مَعْنَى الْمِلْكِ ^(٩) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، فَهُوَ
 كَعِتْقِ الْوَارِثِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَخْصِيصٌ لِبَعْضِ الْوَرَثَةِ بِمَالِهِ فِي مَرَضِهِ ، / فَمُنِعَ مِنْهُ ،
 كَالْهَبَاتِ وَلِأَنَّ كُلَّ مَنْ لَا تَجُوزُ لَهُ الْوَصِيَّةُ بِالْعَيْنِ ، لَا تَجُوزُ بِالْمَنْفَعَةِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ فِيمَا
 زَادَ عَلَى الثُّلُثِ . وَأَمَّا خَيْرُ عُمَرَ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَخُصَّ بَعْضَ الْوَرَثَةِ بِوَقْفِهِ ، وَالتَّرَاغُ إِنَّمَا هُوَ
 فِي تَخْصِيصِ بَعْضِهِمْ . وَأَمَّا جَعْلُ الْوَلَايَةِ لِحَفْصَةٍ ، فَلَيْسَ ذَلِكَ وَقْفًا عَلَيْهَا ، فَلَا يَكُونُ
 ذَلِكَ وَارِدًا فِي مَحَلِّ التَّرَاغِ ، وَكَوْنُهُ ائْتِفَاعًا بِالْعَلَّةِ ، لَا يَقْتَضِي جَوَازَ التَّخْصِيصِ ،
 بِدَلِيلِ مَا لَوْ أَوْصَى لِوَرَثَتِهِ بِمَنْفَعَةِ عَبْدٍ ، لَمْ يَجُزْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ

ظ ١٥٨/٥

(٦) سقط من : م .

(٧) أبو حَكِيم عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الخبزي ، فقيه شافعي ، يعرف العربية ، ويكتب الخط الحسن ، ويضبط
 الضبط الحسن ، توفي سنة ست وسبعين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٦٢/٥ ، ٦٣ .

(٨) في م « الذي » .

(٩) في م : « المَال » .

الجماعة ، على أنه وَقَفَ على جميع الورثة ، ليكونَ على وَفْقِ حَدِيثِ عُمَرَ ، وعلى وَفْقِ الدَّلِيلِ الذى ذَكَرْنَا .

فصل : فَإِنْ وَقَفَ دَارَهُ ، وهى تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، بَيْنَ ابْنِهِ وَبَنْتِهِ نَصْفَيْنِ ، فى مَرَضٍ مَوْتِهِ ، فعلى رِوَايَةِ الجماعةِ يَصِحُّ الوَقْفُ ، وَيَلْزَمُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ يَجُوزُ لَهُ تَخْصِيصُ الْبِنْتِ بِوَقْفِ الدَّارِ كُلِّهَا ، فَيَنْصِفُهَا أُولَى . وعلى الرِّوَايَةِ التى نَصَرْنَاها ، إِنْ أَجَازَ الْإِبْنُ ذَلِكَ جَازَ ، وَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ بَطَلَ الوَقْفُ فِيمَا زَادَ عَلَى نَصِيبِ الْبِنْتِ ، وهو السُّدُسُ ، وَيَرْجِعُ إِلَى الْإِبْنِ مِلْكًا ، فَيَكُونُ لَهُ النِّصْفُ وَقَفًا ، وَالسُّدُسُ مِلْكًا طَلْقًا^(١٠) ، وَالثُّلُثُ لِلْبِنْتِ جَمِيعُهُ وَقَفًا . وَيَحْتَمِلُ^(١١) أَنْ يَبْطُلَ الوَقْفُ فى نَصِيفِ مَا وَقَفَ عَلَى الْبِنْتِ ، وهو الرُّبْعُ ، وَيَبْقَى ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدَّارِ وَقَفًا ، يَنْصِفُهَا^(١٢) لِلْإِبْنِ ، وَرُبْعُهَا لِلْبِنْتِ ، وَالرُّبْعُ الذى يَبْطُلُ الوَقْفُ فيه بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ، لِلْإِبْنِ ثَلَاثًا ، وَلِلْبِنْتِ ثَلَاثُهُ ، وَتَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ مِنْ اثْنَى عَشَرَ ؛ لِلْإِبْنِ سِتَّةُ أَشْهُمٍ وَقَفًا وَسَهْمَانِ مِلْكًا ، وَلِلْبِنْتِ ثَلَاثَةُ أَشْهُمٍ وَقَفًا وَسَهْمٌ مِلْكًا . وَلَوْ وَقَفَهَا عَلَى ابْنِهِ وَزَوْجَتِهِ نَصْفَيْنِ ، وهى تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، فَرَدَّ الْإِبْنُ ، صَحَّ الوَقْفُ عَلَى الْإِبْنِ فى نَصِيفِهَا ، وَعَلَى الْمَرْأَةِ فى ثُمْنِهَا ، وَلِلْإِبْنِ إِبْطَالُ الوَقْفِ فى ثَلَاثَةِ أَثْمَانِهَا ، فَتَرْجِعُ إِلَيْهِ مِلْكًا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، يَصِحُّ الوَقْفُ عَلَى الْإِبْنِ فى نَصِيفِهَا ، وهو أَرْبَعَةُ أَشْبَاعٍ نَصِيبِهِ ، وَيَرْجِعُ إِلَيْهِ^(١٣) بَاقِ نَصِيبِهِ^(١٢) مِلْكًا ، وَيَصِحُّ الوَقْفُ فى أَرْبَعَةِ أَشْبَاعِ الثُّمْنِ الذى لِلْمَرْأَةِ ، وَبَاقِيهِ يَكُونُ لَهَا مِلْكًا ، فَاضْرِبْ سَبْعَةً فى ثَمَانِيَةٍ ، تَكُونُ سِتَّةً وَخَمْسِينَ ، لِلْإِبْنِ ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ وَقَفًا ، وَأَحَدٌ وَعِشْرُونَ مِلْكًا ، وَلِلْمَرْأَةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُمٍ وَقَفًا ، وَثَلَاثَةُ مِلْكًا . وَهَكَذَا ذَكَرَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ . فَأَمَّا إِنْ

(١٠) فى م : « مطلقا » .

(١١) فى النسخ : « ويحمل » .

(١٢) فى م : « ونصفها » .

(١٣ - ١٢) سقط من م : .

كانت الدار جميع ملكه ، فوقفها كلها ، فعلى ما اخترناه ، الحكم فيها كما لو كانت
تخرج من الثلث ، فإن الوارث في جميع المال كالأجنبي في الرائد عن الثلث ، وأما
على / ما رواه الجماعة ، فإن الوقف يلزم في الثلث من غير اختيار الورثة ، وفيما زاد
فلهما إبطال الوقف فيه ، وللابن إبطال التسوية ، ^(١٤) فإن اختار إبطال التسوية ^(١٥) دون
إبطال الوقف ، خرج فيه وجهان ؛ أحدهما ، أنه يطل الوقف في التسع ، ويرجع إليه
ملكاً ، فيصير له النصف وفقاً ، والتسع ملكاً ، ويكون للبنت السدس والتسعين
وفقاً ؛ لأن الابن إنما يملك ^(١٥) إبطال الوقف في ما له دون ما لغيره . والوجه الثاني ،
أن له إبطال الوقف في السدس ، ويصير له النصف وفقاً ، والتسع ملكاً ، وللبنت الثلث
وفقاً ، ونصف التسع ملكاً ، لئلا تزداد البنت على الابن في الوقف . وتصح المسألة
في هذا الوجه من ثمانية عشر ، للابن تسعة وفقاً وسهمان ملكاً ، وللبنت ستة أسهم
وفقاً وسهم ملكاً . وقال أبو الخطاب : له إبطال الوقف في الربع كله ، ويصير له
النصف وفقاً والسدس ملكاً ، ويكون للبنت الربع وفقاً ونصف السدس ملكاً ، كما
لو كانت الدار تخرج من الثلث ، وتصح من اثني عشر .

٩٢٥ - مسألة ؛ قال : (وإذا حارب الوقف ، ولم يرُد شيئاً ، بيع ، واشترى
بثمنه ما يرُد على أهل الوقف ، وجعل وفقاً كالأول ، وكذلك الفرس الحيس ^(١)
إذا لم يصلح للغزو ، بيع ، واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد)

وجملة ذلك أن الوقف إذا حارب ، وتعطلت منافعه ، كدار انهدمت ، أو أرض
حربت ، وعادت مواتاً ، ولم تمكن عمارتها ، أو مسجد انتقل أهل القرية عنه ، وصار
في موضعه لا يصلح فيه ، أو ضاق بأهله ولم تمكن توسيعه ^(٢) في موضعه ،

(١٤ - ١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) في م : ملك .

(١) في الأصل : الحيس .

(٢) في الأصل : توسعته .

أَوْ تَشَعَّبَ^(٣) جَمِيعُهُ فَلَمْ تُمَكِّنْ عِمَارَتَهُ وَلَا عِمَارَةَ بَعْضِهِ إِلَّا يَبِيعُ بَعْضُهُ ، جَازَ يَبِيعُ بَعْضُهُ لِتَعَمَّرَ بِهِ بَقِيَّتُهُ . وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنِ الْإِتِّفَاعُ شَيْئًا مِنْهُ ، يَبِيعُ جَمِيعُهُ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ : إِذَا كَانَ فِي الْمَسْجِدِ خَشَبَتَانِ ، لَهَا قِيَمَةٌ ، جَازَ يَبِيعُهُمَا وَصَرَفَ لِمَنْ هُمَا عَلَيْهِ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ : يُحَوَّلُ الْمَسْجِدُ خَوْفًا مِنَ اللَّصُوصِ ، وَإِذَا كَانَ مَوْضِعُهُ قَدْرًا . قَالَ الْقَاضِي : يَعْنِي إِذَا كَانَ ذَلِكَ يَمْنَعُ مِنَ الصَّلَاةِ فِيهِ . وَنَصَّ عَلَى جَوَازِ يَبِيعِ عَرَصَتِهِ ، فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَتَكُونُ الشَّهَادَةُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْإِمَامِ . قَالَ أَبُو بَكْرِ : وَقَدَرَوْهُ عَلَى بْنِ سَعِيدٍ ، أَنَّ الْمَسَاجِدَ لَا تُبَاعُ ، وَإِنَّمَا تُنْقَلُ آلَتُهَا . قَالَ : وَبِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَقُولُ ؛ لِاجْتِمَاعِهِمْ عَلَى جَوَازِ يَبِيعِ الْفَرَسِ الْحَبِيسِ^(٤) - يَعْنِي الْمَوْقُوفَةَ عَلَى الْغَزْوِ - إِذَا كَبُرَتْ ، فَلَمْ تُصْلَحْ لِلْغَزْوِ ، وَأَمَكِنَ الْإِتِّفَاعُ بِهَا فِي شَيْءٍ آخَرَ ، مِثْلَ أَنْ تُدَوَّرَ فِي الرَّحَى ، أَوْ يُحْمَلَ عَلَيْهَا تُرَابٌ ، أَوْ تَكُونَ الرَّغْبَةُ فِي تَنَاجِيهَا ، أَوْ حِصَانًا / يُتَّخَذُ لِلطَّرَاقِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ يَبِيعُهَا ، وَيُشْتَرَى بِمَنْهَا مَا يَصْلَحُ لِلْغَزْوِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : إِذَا خَرِبَ الْمَسْجِدُ أَوْ الْوَقْفُ ، عَادَ إِلَى مِلْكٍ وَاقِفِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ إِنَّمَا هُوَ تَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، فَإِذَا زَالَتْ مَنَفَعَتُهُ ، زَالَ حَقُّ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ مِنْهُ ، فَزَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَجُوزُ يَبِيعُ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا ، وَلَا تُبْتَاغُ ، وَلَا تُوَهَّبُ ، وَلَا تُورَثُ »^(٥) . وَلِأَنَّ مَا لَا يَجُوزُ يَبِيعُهُ مَعَ بَقَاءِ مَنَافِعِهِ ، لَا يَجُوزُ يَبِيعُهُ مَعَ^(٦) تَعَطُّلِهَا ، كَالْمُعْتَقِ ، وَالْمَسْجِدِ أَشْبَهَ الْأَشْيَاءِ بِالْمُعْتَقِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَنَّ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَتَبَ إِلَى سَعْدٍ ، لَمَّا بَلَغَهُ أَنَّهُ قَدْ نُقِبَ^(٧) مَالُ الَّذِي بِالْكُوفَةِ ، أَنَّ^(٨) انْقُلَ الْمَسْجِدُ الَّذِي بِالتَّمَارِينِ ، وَاجْعَلْ نَيْتَ

(٣) فِي الْأَصْلِ : « تَشَعَّبَ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « الْحَبِيسُ » .

(٥) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٨٤ .

(٦) فِي مَزِيدَةٍ : « بَقَاءُ » .

(٧) نُقِبَ ؛ بِفَتْحِ الْقَافِ : تَخَرَّقَ . وَنُقِبَ ؛ بِالْبَاءِ لِلْمَجْهُولِ : نَقِبَهُ بَعْضُ النَّاسِ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : م .

المال في قبلة المسجد ، فإنه لن يزال في المسجد مُصَلٍّ^(٩) . وكان هذا بمشهد من الصحابة ، ولم يظهر خلافه ، فكان إجماعاً . ولأن فيما ذكرناه استبقاء الوقف بمعناه عند تعدد إبقائه بصورته ، فوجب ذلك ، كما لو استولدت الجارية الموقوفة ، أو قبلها غيره . قال ابن عقيل : الوقف مؤبد ، فإذا لم يمكن تأييده على وجه ، يُخصَّصه^(١٠) استبقاء الغرض ، وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى ، وإيصال الأبدال جرى مجرى الأعيان ، وجمودنا على العين مع تعطّلها تضيق للغرض . ويقرب هذا من الهذلي إذا عطب^(١١) في السفر^(١٢) ، فإنه يُدبَح في الحال ، وإن كان يختص بموضع ، فلما تعدّر تحصيل الغرض بالكلية ، استوفى منه ما أمكن ، وترك مراعاة المحل الخاص عند تعدّره ؛ لأن مراعاته مع تعدّره تُفضي إلى فوات الانتفاع بالكلية ، وهكذا الوقف المعطل المتأفّر . ولنا ، على محمد بن الحسن ، أنه إزالة ملك على وجه القرية ، فلا يعود إلى ملكه باختلاله ، وذهاب منافع كالعتق .

فصل : وظاهر كلام الخرقى ، أن الوقف إذا بيع ، فأى شيء اشتري بتمينه مما يُردُّ على أهل الوقف جاز ، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه ؛ لأن المقصود المنفعة ، لا الجنس ، لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تُصرف فيها ؛ لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه ، كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به .

فصل : وإذا لم يكف^(١٢) ثمن الفرس الحبيس^(١٣) لشراء فرس أخرى ، أُعِين / به في شراء فرس حبيس يكون بعض الثمن . نص عليه أحمد ؛ لأن المقصود

و ١٦٠/٥

(٩) سقط من : الأصل . وفي م : « مصل » ، والمثبت من الشرح الكبير ٣ / ٤٢٠ .

(١٠) في الأصل : « تخصيصه » .

(١١ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٢) في م : « يف » .

(١٣) في الأصل : « الحبس » .

استيقاء^(١٤) مَنَعَةِ الْوَقْفِ الْمُمكنِ اسْتِيقَاؤُهَا^(١٥) ، وصِيَانَتُهَا عَنِ الضَّيَاعِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى ذَلِكَ إِلَّا بِهَذِهِ الطَّرِيقِ .

فصل : وَإِنْ لَمْ تَتَعَطَّلْ مَنَعَةُ^(١٦) الْوَقْفِ بِالْكُلِّيَّةِ ، لَكِنْ قَلْتُ ، وَكَانَ غَيْرُهُ أَنْفَعَ مِنْهُ وَأَكْثَرُ رَدًّا عَلَى أَهْلِ الْوَقْفِ ، لَمْ يَجْزِ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ تَحْرِيمُ الْبَيْعِ ، وَإِنَّمَا أُبِيحَ لِلضَّرُورَةِ ، صِيَانَةً لِمَقْصُودِ الْوَقْفِ عَنِ الضَّيَاعِ ، مَعَ إِمْكَانِ تَحْصِيلِهِ ، وَمَعَ الْإِتِفَاعِ ، وَإِنْ قُلَّ مَا يَضِيعُ الْمَقْصُودُ ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَبْلُغَ فِي قَلَّةِ النَّفْعِ إِلَى حَدٍّ لَا يُعَدُّ نَفْعًا ، فَيَكُونُ وُجُودُ ذَلِكَ كَالْعَدَمِ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، فِي مَسْجِدِ أَرَادَ أَهْلُهُ رَفْعَهُ مِنَ الْأَرْضِ ، وَيُجْعَلُ تَحْتَهُ سِقَايَةٌ وَحَوَانِيتُ ، فَاِمْتَنَعَ بَعْضُهُمْ مِنْ ذَلِكَ : فَيَنْظُرُ إِلَى قَوْلِ أَكْثَرِهِمْ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي تَأْوِيلِ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فَذَهَبَ ابْنُ حَامِدٍ إِلَى أَنَّ هَذَا فِي مَسْجِدٍ أَرَادَ أَهْلُهُ إِثْنَاءَ انْتِدَاءِ ، وَاخْتَلَفُوا كَيْفَ يُعْمَلُ ؟ وَسَمَّاهُ مَسْجِدًا قَبْلَ بِنَائِهِ تَجَوُّزًا ؛ لِأَنَّ مَا لَهُ إِلَيْهِ ، أَمَّا بَعْدَ كَوْنِهِ مَسْجِدًا لَا يَجُوزُ جَعْلُهُ سِقَايَةً وَلَا حَوَانِيتَ . وَذَهَبَ الْقَاضِي إِلَى ظَاهِرِ اللَّفْظِ ، وَهُوَ أَنَّهُ كَانَ مَسْجِدًا ، فَأَرَادَ أَهْلُهُ رَفْعَهُ ، وَجَعَلَ مَا تَحْتَهُ سِقَايَةً لِحَاجَتِهِمْ إِلَى ذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَوْلَى ، وَإِنْ خَالَفَ الظَّاهِرَ ؛ فَإِنَّ الْمَسْجِدَ لَا يَجُوزُ نَقْلُهُ ، وَإِبْدَالُهُ ، وَيَبِيعُ سَاحَتِهِ ، وَجَعْلُهَا سِقَايَةً وَحَوَانِيتَ ، إِلَّا عِنْدَ تَعَذُّرِ الْإِتِفَاعِ بِهِ ، وَالْحَاجَةُ إِلَى سِقَايَةٍ وَحَوَانِيتَ لَا تَعَطِّلُ نَفْعَ الْمَسْجِدِ ، فَلَا يَجُوزُ صَرْفُهُ فِي ذَلِكَ ، وَلَوْ جَازَ جَعْلُ أَسْفَلِ الْمَسْجِدِ سِقَايَةً وَحَوَانِيتَ لِهَذِهِ الْحَاجَةِ ، لَجَازَ تَحْرِيبُ الْمَسْجِدِ وَجَعْلُهُ سِقَايَةً وَحَوَانِيتَ ، وَيَجْعَلُ بَدْلَهُ مَسْجِدًا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، فِي مَسْجِدٍ لَيْسَ بِحَصِينٍ مِنَ الْكِلَابِ ، وَلَهُ مَنَارَةٌ ، فَرُخِّصَ فِي نَقْضِهَا ، وَبِنَاءِ حَائِطِ الْمَسْجِدِ بِهَا لِلْمَصْلَحَةِ .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « اسْتِيقَاء » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « اسْتِيقَاؤُهَا » .

(١٦) فِي م : « مَصْلَحَةٌ » .

فصل: ولا يجوز أن يُعْرَسَ في المَسْجِدِ شَجَرَةٌ . نَصَّ عليه أحمدُ ، وقال : إن كانت غُرَسَتِ النَّخْلَةُ بعد أن صارَ مَسْجِدًا ، فهذه غُرَسَتْ بغيرِ حَقٍّ ، فلا أُحِبُّ الأَكْلَ منها ، ولو قَلَعَهَا الإمامُ لجازَ ؛ وذلك لأنَّ المَسْجِدَ لم يَنْهَ هذا ، وإنَّمَا بُنِيَ لِذِكْرِ اللَّهِ والصَّلَاةِ وقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ ، ولأنَّ الشَّجَرَةَ تُؤْذِي المَسْجِدَ وتَمْنَعُ الْمُصَلِّينَ مِنَ الصَّلَاةِ في مَوْضِعِهَا ، وَيَسْقُطُ وَرْقُهَا في المَسْجِدَ وتَمُرُّهَا ، وتَسْقُطُ عَلَيْهَا الْعَصَافِيرُ وَالطَّيْرُ / فتَبُولُ في المَسْجِدِ ، وربما اجْتَمَعَ الصَّبَّيَّانُ في المَسْجِدِ من أَجْلِهَا ، ورَمَوْهَا بِالْحِجَارَةِ لِيَسْقُطَ ثَمَرُهَا . فأَمَّا إن كانت النَّخْلَةُ في أَرْضٍ ، فجَعَلَهَا صَاحِبُهَا مَسْجِدًا والنَّخْلَةُ فِيهَا ، فلا بَأْسَ . قال أحمدُ في مَوْضِعٍ : لا بَأْسَ . يَعْنِي أَن يَبِيعَهَا مِنَ الْجِيرَانِ . وقال ، في رِوَايَةٍ إِلَى طَالِبٍ ، فِي التَّبَقَّةِ : لَا تَبَاغُ ، وَتُجْعَلُ لِلْمُسْلِمِينَ وَأَهْلِ الدَّرْبِ يَأْكُلُونَهَا . وَذَلِكَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، لِأَنَّ صَاحِبَ الْأَرْضِ لَمَّا جَعَلَهَا مَسْجِدًا والنَّخْلَةُ فِيهَا ، فَقَدْ وَقَفَ الْأَرْضَ والنَّخْلَةَ مَعَهَا ، وَلَمْ يُعَيِّنْ مَصْرِفَهَا ، فَصَارَتْ كَالْوَقْفِ الْمُطْلَقِ الَّذِي لَمْ يُعَيِّنْ لَهُ مَصْرِفٌ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيهِ فِي إِحْدَى الرِّوَايَاتِ ، أَنَّهُ لِلْمَسَاكِينِ . فَأَمَّا إِنْ قَالَ صَاحِبُهَا : هَذِهِ وَقَفَ عَلَى الْمَسْجِدِ . فَيَنْبَغِي أَنْ يُبَاعَ ثَمَرُهَا ، وَيُصْرَفَ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ وَقَفَهَا عَلَى الْمَسْجِدِ وَهِيَ فِي غَيْرِهِ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : عِنْدِي أَنَّ الْمَسْجِدَ إِذَا اخْتِاجَ إِلَى ثَمَنِ ثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ ، يَبِيعُ ، وَصُرِفَ ثَمَنُهَا فِي عِمَارَتِهِ . قَالَ : وَقَوْلُ أَحْمَدَ : يَأْكُلُهَا الْجِيرَانُ . مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُمْ يَعْمُرُونَهُ .

فصل: وما فَضَّلَ من حُصْرِ الْمَسْجِدِ وَزَيْتِهِ ، وَلَمْ يُحْتَجْ إِلَيْهِ ، جَازَ أَنْ يُجْعَلَ فِي مَسْجِدٍ آخَرَ ، أَوْ يُتَصَدَّقَ مِنْ ذَلِكَ عَلَى فَقَرَاءِ جِيرَانِهِ وَغَيْرِهِمْ ، وَكَذَلِكَ إِنْ فَضَّلَ مِنْ قَصْبِهِ أَوْ شَيْءٍ مِنْ نَقْضِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَسْجِدٍ بُنِيَ ، فَبَقِيَ مِنْ خَشْبِهِ أَوْ قَصْبِهِ أَوْ شَيْءٍ مِنْ نَقْضِهِ ، فَقَالَ : يُعَانُ فِي مَسْجِدٍ آخَرَ . أَوْ كَمَا قَالَ . وَقَالَ الْمُرُودِيُّ : سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنْ بَوَارِي الْمَسْجِدِ ^(١٧) ، إِذَا فَضَّلَ مِنْهُ الشَّيْءُ ، أَوْ الْحَشْبَةُ . قَالَ :

(١٧) بوارى المسجد : حصره .

يُتَصَدَّقُ بِهِ . وَأَرَى أَنَّهُ قَدْ اخْتَجَّ بِكُسُوفِ الْبَيْتِ إِذَا تَحَرَّقَتْ تُصَدَّقُ بِهَا . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ
 آخَرَ : قَدْ كَانَ شَيْبَةُ يُتَصَدَّقُ بِخُلُقَانِ الْكَعْبَةِ . وَرَوَى الْخَلَّالُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلْقَمَةَ ،
 عَنْ أُمِّهِ ، أَنَّ شَيْبَةَ بْنَ عُثْمَانَ الْحَجَبِيِّ ، جَاءَ إِلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، فَقَالَ : يَا أُمَّ
 الْمُؤْمِنِينَ ، إِنَّ ثِيَابَ الْكَعْبَةِ تَكْثُرُ عَلَيْهَا ، فَتَنْزِعُهَا ، فَتَحْفِرُ لَهَا آبَارًا فَتَدْفِنُهَا فِيهَا ، حَتَّى
 لَا تَلْبَسَهَا الْحَائِضُ وَالْجُنُبُ . قَالَتْ عَائِشَةُ : بِنَفْسِ مَا صَنَعْتَ ، وَلَمْ تُصِبْ ، إِنَّ ثِيَابَ
 الْكَعْبَةِ إِذَا نَزِعَتْ لَمْ يَضُرْهَا مَنْ لَبَسَهَا مِنْ حَائِضٍ أَوْ جُنُبٍ ، وَلَكِنْ لَوْ بَعَثْتُهَا ، وَجَعَلْتُ
 ثَمَنَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمَسَاكِينِ . فَكَانَ شَيْبَةُ يَبْعَثُ بِهَا إِلَى الْيَمَنِ ، فَتُبَاعُ ، فَيَضَعُ ثَمَنُهَا
 حَيْثُ أَمَرَتْهُ عَائِشَةُ . وَهَذِهِ قِصَّةٌ مِثْلُهَا يَتَنَشَّرُ ، وَلَمْ يُنْكَرْ ، فَيَكُونُ إِجْمَاعًا ^(١٨) ، وَلِأَنَّهُ
 مَالُ اللَّهِ تَعَالَى ، لَمْ يَنْتَقِ لَهُ مَصْرُوفٌ ، فَصُرِفَ إِلَى الْمَسَاكِينِ ، كَالْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ .

فصل : إِذَا جَنَى الْوَقْفُ جِنَايَةً تُوجِبُ الْقِصَاصَ ، وَجَبَ / ، سَوَاءً كَانَتْ الْجِنَايَةُ
 عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى غَيْرِهِ . فَإِنْ قُتِلَ بَطَلَّ الْوَقْفُ فِيهِ ، وَإِنْ قُطِعَ كَانَ بَاقِيهِ وَقَفًا ،
 كَمَا لَوْ تَلَفَ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى . وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، لَمْ يُمَكِّنْ تَعَلُّقُهَا بِرَقَبَتِهِ ؛
 لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ بَيْعُهَا ، وَيَجِبُ أَرْضُهَا عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ تَعَلَّقَ أَرْضُهُ بِرَقَبَتِهِ ،
 فَكَانَ عَلَى مَالِكِهِ ، كَأَمِّ الْوَلَدِ . وَلَا يُلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهِ كَأَمِّ الْوَلَدِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْوَقْفُ
 لَا يُمْلِكُ . فَلَا أَرْضُ فِي كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ تَعَلُّقُهُ بِرَقَبَتِهِ لِكَوْنِهَا لَا تَبَاعُ ، وَبِالْمَوْقُوفِ
 عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ ، فَكَانَ فِي كَسْبِهِ ، كَالْحُرِّ يَكُونُ فِي مَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِي
 بَيْتِ الْمَالِ ، كَأَرْضِ جِنَايَةِ الْحُرِّ الْمُعْسِرِ . وَهَذَا احْتِمَالٌ ضَعِيفٌ جَدًّا ؛ فَإِنَّ الْجِنَايَةَ إِنَّمَا
 تَكُونُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، فِي صُورَةٍ تَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ عِنْدَ عَدَمِهَا ، وَجِنَايَةُ الْعَبْدِ لَا تَحْمِلُهَا
 الْعَاقِلَةُ . وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْأَرْضُ فِي كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ
 لَهُ مُسْتَحَقٌّ مُعَيَّنٌ يُمَكِّنُ إِيحَابُ الْأَرْضِ عَلَيْهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَعَلُّقُهُ بِرَقَبَتِهِ ، لِتَعَذُّرِ بَيْعِهَا ،
 فَتَعَيَّنَ فِي كَسْبِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ فِي بَيْتِ الْمَالِ .

(١٨) سقط من : م .

فصل : وإن جُنِيَ على الوَقْفِ جَنَایَةٌ مُوجِبَةٌ لِلْمَالِ ، وَجَبَ ؛ لَأَن مَالِيَّتَهُ لَمْ تَبْطُلْ ، وَلَوْ بَطَلَتْ مَالِيَّتُهُ لَمْ يَبْطُلْ أَرَشُ الْجَنَایَةِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْحُرَّ يَجِبُ أَرَشُ الْجَنَایَةِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ قُتِلَ وَجَبَتْ قِيمَتُهُ ، وَلَيْسَ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ الْعَفْوُ عَنْهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِهَا ، وَيُسْتَرَى بِهَا مِثْلُ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ يَكُونُ وَقْفًا . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : يَخْتَصُّ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ إِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَمْلِكُ الْمَوْقُوفَ ، لِأَنَّهُ بَدَلُ مِلْكِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مِلْكٌ لَا يَخْتَصُّ بِهِ ، فَلَمْ يَخْتَصَّ بِبَدَلِهِ ، كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ الْمَرْهُونِ ، وَيَبَيِّنُ عَدَمَ الْاِخْتِصَاصِ ظَاهِرٌ ، فَإِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْبَطْنِ الثَّانِي ، فَلَمْ يَجْزُ إِبْطَالُهُ . وَلَا نَعْلَمُ قَدْرَ مَا يَسْتَحِقُّ هَذَا مِنْهُ فِعْفُ^(١٩) عَنْهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْعَفْوُ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَ رَجُلٌ رَهْنًا ، أُخِذَتْ مِنْهُ قِيمَتُهُ فَجُعِلَتْ رَهْنًا ، وَلَمْ يَصِحَّ عَفْوُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْهُ . وَإِنْ كَانَتْ الْجَنَایَةُ عَمْدًا مَخْصُصًا مِنْ مُكَافِئِهِ لَهُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ مَحَلٌّ لَا يَخْتَصُّ بِهِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْ قَاتِلِهِ ، كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يَكُونُ ذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ ، فَإِنْ قُطِعَتْ يَدُ الْعَبْدِ أَوْ طَرَفٌ مِنْ أَطْرَافِهِ ، فَالْقِصَاصُ لَهُ ، وَلَهُ اسْتِيفَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُشَارِكُهُ فِيهِ غَيْرُهُ ، وَإِنْ كَانَ الْقَطْعُ لَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، أَوْ يُوجِبُهُ فَعُفِيَ عَنْهُ ١٦١/٥ ظ ، وَجَبَ نِصْفُ قِيَمَتِهِ ، فَإِنْ أُمِكنَ أَنْ يُسْتَرَى بِهَا عَبْدٌ كَامِلٌ ، وَإِلَّا اشْتَرَى بِهَا شِقْصٌ مِنْ عَبْدٍ .

فصل : ويجوز تزويج الأمة الموقوفة ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنَفْعَتِهَا ، أَشْبَهَ الْإِجَارَةَ ، وَلِأَنَّ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُ اسْتِيفَاءَ هَذِهِ الْمَنَفْعَةِ ، فَلَا يَتَضَرَّرُ بِتَمْلِيكِ غَيْرِهِ إِيَّاهَا ، وَوَلِيِّهَا الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَُا مِلْكُهُ ، وَالْمَهْرُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ نَفْعِهَا ، أَشْبَهَ الْأَجْرَ فِي الْإِجَارَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ تَزْوِيجُهَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى نَفْعِهَا فِي الْعُمَرِ ، فَيُفْضَى إِلَى تَفْرِيتِ نَفْعِهَا فِي حَقِّ الْبَطْنِ الثَّانِي ، وَلِأَنَّ التَّكَاحَ يَتَعَلَّقُ بِهِ حُقُوقٌ ؛ مِنْ وَجُوبِ تَمَكِينِ الزَّوْجِ مِنْ اسْتِغْنَائِهَا ،^(٢٠) وَمِيتَتِهَا عِنْدَهُ^(٢١) ، فَتَمُوتُ خِدْمَتُهَا فِي اللَّيْلِ عَلَى الْبَطْنِ

(١٩) فِي م : ١ فَعْفُو .
(٢٠ - ٢١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

الثاني ، إلا أن تَطْلُبَ التَّزْوِيجَ ، فَيَتَعَيَّنَ تَزْوِيجُهَا ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهَا طَلَبَتُهُ ، فَتَتَعَيَّنُ (٢١) الإِجَابَةُ إِلَيْهِ ، وَمَافَاتٍ مِنَ الْحَقِّ بِهِ ، فَاتَّبَعًا لِإِيفَائِهَا حَقَّهَا ، فَوَجِبَ ذَلِكَ ، كَمَا يَجِبُ تَزْوِيجُ الْأُمَةِ غَيْرِ الْمَوْقُوفَةِ إِذَا طَلَبَتْ ذَلِكَ . وَإِذَا زَوَّجَهَا فَوَلَدَتْ مِنَ الزَّوْجِ ، فَوَلَدُهَا وَقَفَ مَعَهَا (٢٢) ؛ لِأَنَّ وَلَدَ كُلِّ ذَاتِ رَجَمٍ تَثَبُّتٌ لَهَا حُرْمَةٌ ، حُكْمُهُ حُكْمُهَا ، كَأُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُكَاتَّبَةِ . وَإِنْ أَكْرَهَهَا (٢٣) أَجْنَبَى ، فَوَطَّئَهَا ، أَوْ طَاوَعْتَهُ ، فَعَلِيهِ الْحَدُّ إِذَا انْتَفَسَتِ الشُّبْهَةُ ، وَعَلِيهِ الْمَهْرُ لِأَهْلِ الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةَ غَيْرِهِ ، أَشْبَهَ الْأُمَّةَ الْمُطْلَقَةَ ، وَوَلَدُهَا يَكُونُ وَقْفًا مَعَهَا . وَإِنْ وَطَّئَهَا بِشُبْهَةٍ يَعْتَقِدُهَا حُرَّةً ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَلَوْ كَانَ الْوَاطِئُ عَبْدًا ، وَتَجِبُ قِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مِنْ سَبِيلِهِ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا ، فَمَنَعَهُ اعْتِقَادُ الْحُرِّيَّةِ مِنَ الرُّقِّ ، فَوَجِبَتْ قِيمَتُهُ يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ يَكُونُ وَقْفًا (٢٤) ، وَتُعْتَبَرُ (٢٥) قِيمَتُهُ يَوْمَ تَضَعُهُ حَيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَقْوِيمُهُ قَبْلَ ذَلِكَ .

فصل : وليس للموقوف عليه وطء الأمة الموقوفة ؛ لِأَنَّ (٢٦) لَا نَأْمَنُ حَبْلَهَا ، فَتَنْقُصُ أَوْ تَتَلَفُ أَوْ تَخْرُجُ مِنَ الْوَقْفِ بِكُونِهَا أُمًّا وَلَدٌ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ نَاقِصٌ ، فَإِنْ وَطِئَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِلشُّبْهَةِ ، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجِبَ لَوَجِبَ لَهُ ، وَلَا يَجِبُ لِلْإِنْسَانِ شَيْءٌ عَلَى نَفْسِهِ ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْءِ شُبْهَةٍ . وَعَلِيهِ قِيمَةُ الْوَلَدِ ، (٢٧) يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ (٢٨) مَكَانَهُ وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهُ أَحْبَلَهَا بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ . فَإِذَا مَاتَ عَقَّتْ ، وَوَجِبَتْ قِيمَتُهَا فِي تَرَكَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهَا عَلَى مَنْ بَعْدَهُ / مِنَ الْبُطُونِ ، فَيُشْتَرَى بِهَا جَارِيَةٌ تَكُونُ وَقْفًا مَكَانَهَا . وَإِنْ قُلْنَا : إِنْ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُهَا . لَمْ تَصِرْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَمْلُوكَةٍ لَهُ .

(٢١) في الأصل : « فتعينت » .

(٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٣) في م : « أكرها » .

(٢٤) في م : « رقيقا » .

(٢٥) في الأصل : « وتجب » .

(٢٦) في الأصل : « لأنه » .

(٢٧ - ٢٨) في الأصل : « ويشتري بها عبدا » .

فصل : وإن أُعْتِقَ الْعَبْدُ الْمَوْقُوفُ ، لم يَنْفُذْ عِتْقُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ غَيْرُهُ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ لَزِمَ ، فَلَا يُمْكِنُ إِبْطَالُهُ . وإن كَانَ نِصْفُ الْعَبْدِ وَقْفًا ، وَنِصْفُهُ طَلْقًا ، فَأُعْتِقَ صَاحِبُ الطَّلَاقِ ، لم يَسِرْ عِتْقُهُ إِلَى الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لم يَعْتِقْ بِالْمُبَاشَرَةِ فَبِالسَّرَاةِ أَوْلَى .

٩٢٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا حَصَلَ فِي يَدِ بَعْضِ أَهْلِ الْوَقْفِ حُمْسَةٌ أَوْ سِتٌّ ، فَفِيهِ الزَّكَاةُ . وَإِذَا صَارَ الْوَقْفُ لِلْمَسَاكِينِ ، فَلَا زَكَاةَ فِيهِ)

وجملة ذلك أَنَّ الْوَقْفَ إِذَا كَانَ شَجَرًا فَائْتَمَرَ ، أَوْ أَرْضًا فَزُرِعَتْ ، وَكَانَ الْوَقْفُ عَلَى قَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ ، فَحَصَلَ لِبَعْضِهِمْ مِنَ الثَّمَرَةِ أَوْ الْحَبِّ نِصَابٌ ، فَفِيهِ الزَّكَاةُ . وبهذا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَرَوَى عَنْ طَاوُسٍ ، وَمَكْحُولٍ : لَا زَكَاةَ فِيهِ ، لِأَنَّ الْأَرْضَ لَيْسَتْ مَمْلُوكَةً لَهُمْ ، فَلَمْ تَجِبْ عَلَيْهِمْ زَكَاةٌ فِي الْخَارِجِ مِنْهَا ، كَالْمَسَاكِينِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ اسْتَعْلَى^(١) مِنْ أَرْضِهِ أَوْ شَجَرِهِ نِصَابًا ، فَلَزِمَتْهُ زَكَاةُ ، كَغَيْرِ الْوَقْفِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْوَقْفَ الْأَصْلَ ، وَالثَّمَرَةَ طَلَقَ ، وَالْمِلْكُ فِيهَا تَامٌ ، لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا بِجَمِيعِ التَّصَرُّفَاتِ ، وَثَوْرَتْ عَنْهُ ، فَتَجِبُ فِيهَا الزَّكَاةُ ، كَالْحَاصِلَةِ مِنْ أَرْضٍ مُسْتَأْجَرَةٍ لَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْأَرْضَ غَيْرَ مَمْلُوكَةٍ لَهُ . مَمْنُوعٌ . وَإِنْ سَلَّمْنَا ذَلِكَ ، فَهُوَ مَالِكٌ لِمَنْفَعَتِهَا ؛ وَيَكْفِي ذَلِكَ فِي وُجُوبِ الزَّكَاةِ ، بِدَلِيلِ الْأَرْضِ الْمُسْتَأْجَرَةِ . أَمَّا الْمَسَاكِينُ فَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِمْ فِيمَا يَحْصُلُ فِي أَيْدِيهِمْ ، سَوَاءً حَصَلَ فِي يَدِ بَعْضِهِمْ نِصَابٌ مِنَ الْحُبُوبِ وَالثَّمَارِ ، أَوْ لم يَحْصُلْ ، وَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِمْ قَبْلَ تَفْرِيقِهَا ، وَإِنْ بَلَغَتْ نِصَابًا^(٢) ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ^(٣) عَلَى الْمَسَاكِينِ لَا يَتَعَيَّنُ لَوَاحِدٍ مِنْهُمْ ، بِدَلِيلِ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَجُوزُ جِزْمَانُهُ وَالدَّفْعُ إِلَى غَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا ثَبَتَ^(٤) الْمِلْكُ فِيهِ بِالْذَّفْعِ وَالْقَبْضِ ، لِمَا أُعْطِيَهُ مِنْ غَلَّتِهِ مِلْكًا مُسْتَأْنَفًا ، فَلَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ زَكَاةٌ ، كَالَّذِي يُدْفَعُ إِلَيْهِ مِنَ الزَّكَاةِ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « اسْتَعْلَى » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « نِصَابًا » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « يَثْبِت » .

وكألو وهبه أو اشتراه . وفارق الوقف على قوم بأعيانهم . فإنه يُعين^(٥) لكل واحد منهم حق في نفع الأرض وغلّتها ، ولهذا يجب إعطاؤه ، ولا يجوز حرمانه .

فصل : ويصح الوقف على القبيلة العظيمة ، كقُرَيْش ، وبنى هاشم ، وبنى تميم ، وبنى وائل ، ونحوهم . ويجوز الوقف على المسلمين كلهم ، وعلى أهل إقليم ومدينة ، كالشام ودمشق / ونحوهم . ويجوز للرجل أن يقف على عشيرته ، وأهل مدينته . وقال الشافعي ، في أحد قوليّه : لا يصح الوقف على من لا يمكن استيعابهم وحصرهم ، في غير المساكين وأشباههم ؛ لأنّ هذا تصرف في حقّ الأديميّ ، فلم يصحّ مع الجهالة ، كما لو قال : وقفت على قوم . ولنا ، أن من صحّ الوقف عليه ، إذا كان عدده مَحْصِيًّا ، صحّ ، وإن لم يكن مَحْصِيًّا ، كالفقراء والمساكين . وما ذكره يتطلّب بالوقف على الفقراء والمساكين . ومتى كان الوقف على من لا يمكن حصرهم ، فلا زكاة على واحد منهم فيما يصحّ له ؛ لما ذكرناه في المساكين ، ولا في جملة الوقف ؛ لما ذكرناه من قبل .

٩٢٧ - مسألة ؛ قال : (وما لا يتنفع به إلا بالإنلاف ، مثل الذهب والورق والمأكول والمشروب ، فوقفه غير جائز)

وجملته أن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، كالذنانير والدراهم ، والمطعم والمشروب ، والشمع ، وأشباهه ، لا يصحّ وقفه ، في قول عامة الفقهاء وأهل العلم ، إلا شيئاً يحكى عن مالك ، والأوزاعي ، في وقف الطعام ، أنه يجوز . ولم يحكه أصحاب مالك . وليس بصحيح ؛ لأنّ الوقف تخيس الأصل وتسييل الثمرة ، وما لا يتنفع به إلا بالإنلاف لا يصحّ فيه ذلك . وقيل في الدراهم والذنانير : يصحّ وقفها ، على قول من أجاز إجارتها . ولا يصحّ ؛ لأنّ تلك المنفعة ليست

(٥) في الأصل : يعين .

الْمَقْصُودَ الَّذِي خُلِقَتْ لَهُ الْأَثْمَانُ ، ولهذا لا تُضْمَنُ فِي الْعَصَبِ ، فلم يَجُزِ الْوَقْفُ لَهُ ، كَوَقْفِ الشَّجَرِ عَلَى نَشْرِ الثِّيَابِ ، وَالْعَنَمِ عَلَى دُوسِ الطِّينِ ، وَالشَّمْعِ لِيَتَجَمَّلَ بِهِ .

فصل : والمُرَادُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ هَهُنَا الدَّرَاهِمُ وَالْدَّنَانِيرُ ، وما ليس بِحَلْيٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الَّذِي يَتَلَفُّ بِالْإِنْتِفَاعِ بِهِ . أَمَّا الْحَلْيُ ، فَيَصِحُّ وَقْفُهُ لِلْبُسِّ وَالْعَارِيَةِ ؛ لِمَا رَوَى ^(١) نَافِعٌ ، قَالَ : ابْتَاعَتْ حَفْصَةُ حَلْيًا بَعِشْرِينَ أَلْفًا ، فَحَبَسَتْهُ عَلَى نِسَاءِ آلِ الْخَطَّابِ ، فَكَانَتْ لَا تُخْرِجُ زَكَاتَهُ . رَوَاهُ الْخَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ . وَلِأَنَّهُ عَيْنٌ يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهَا ، مَعَ بَقَائِهَا دَائِمًا ، فَصَحَّ وَقْفُهَا ، كَالْعَقَارِ ، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ تَحْيِيسُ أَصْلِهَا وَتَسْيِيلُ الثَّمَرَةِ ، فَصَحَّ وَقْفُهَا ، كَالْعَقَارِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَدَرُوا عَلَى أَحَدٍ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ وَقْفُهَا . وَأَنْكَرَ الْحَدِيثَ عَنْ حَفْصَةَ فِي وَقْفِهِ . وَذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، إِلَّا أَنَّ الْقَاضِيَّ تَأَوَّلَهُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْحَدِيثُ فِيهِ . وَوَجْهُ هَذِهِ الرَّوَايَةِ أَنَّ التَّحْلِيَّ لَيْسَ هُوَ / الْمَقْصُودَ الْأَصْلِيَّ مِنَ الْأَثْمَانِ ، فَلَمْ يَصِحَّ وَقْفُهَا عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ الدَّنَانِيرُ وَالذَّرَاهِمُ . وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَالتَّحْلِيَّ مِنَ الْمَقَاصِدِ الْمُهْمَةِ ، وَالْعَادَةُ جَارِيَةٌ بِهِ ، وَقَدْ اعْتَبَرَهُ الشَّرْعُ فِي إِسْقَاطِ الزَّكَاةِ عَنْ مُتَّخِذِهِ ، وَجَوَّزَ إِجَارَتَهُ لِذَلِكَ . وَيُفَارِقُ الدَّرَاهِمُ وَالْدَّنَانِيرُ ، فَإِنَّ الْعَادَةَ لَمْ تَجْرِ بِالتَّحْلِيِّ بِهِ ، وَلَا اعْتَبَرَهُ الشَّرْعُ فِي إِسْقَاطِ زَكَاتِهِ ، وَلَا ضَمَانَ مَنَفَعَتِهِ ^(٢) فِي الْعَصَبِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

و ١٦٣/٥

فصل : وَلَا يَصِحُّ وَقْفُ الشَّمْعِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَلَفُّ بِالْإِنْتِفَاعِ بِهِ ، فَهُوَ كَالْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ ، وَلَا مَا يُسْرِغُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ ، مِنَ الْمَشْمُومَاتِ وَالرِّيَاحِينِ وَأَشْبَاهِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَتَلَفُّ عَلَى قُرْبٍ مِنَ الزَّمَانِ ، فَأَشْبَهَتْ الْمَطْعُومَ ، وَلَا وَقْفُ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، كَأَمِّ الْوَلَدِ ، وَالْمَرْهُونِ ، وَالْكَلْبِ ، وَالْخِنْزِيرِ ، وَسَائِرِ سِبَاعِ الْبَهَائِمِ الَّتِي لَا تُصْلَحُ

(١) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « عَنْ » .

(٢) فِي م : « نَفْعُهُ » .

لِلصَّيْدِ ، وَجَوَارِحِ الطَّيْرِ الَّتِي لَا يُصَادُّ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ ثَقُلَ لِلْمَلِكِ ^(٣) فِيهَا فِي الْحَيَاةِ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، وَمَا لَا مَنَفْعَةَ فِيهِ لَا يَحْصُلُ فِيهِ تَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، وَالْكَلْبُ أُبِيحَ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ لِلضَّرُورَةِ ، فَلَمْ يَجْزِ التَّوَسُّعُ فِيهَا ، وَالْمَرْهُونُ فِي وَقْفِهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ مِنْهُ ، فَلَمْ يَجْزِ ^(٤) إِبْطَالُهُ . وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ فِيمَا لَيْسَ بِمُعَيَّنٍ ، كَعَبْدٍ فِي الذِّمَّةِ ، وَدَارٍ ، وَسِلَاحٍ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ إِبْطَالُ لِمَعْنَى الْمَلِكِ فِيهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، كَالْعَتَقِ ^(٥) .

فصل : قال أحمد ، فِي مَنْ وَصَّى بِفَرَسٍ وَسَرَجٍ وَلِجَامٍ مُقَضَّضٍ ، يُوقَفُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ : فَهُوَ عَلَى مَا وَقَفَ وَوَصَّى ، وَإِنْ بَاعَ الْفِضَّةَ مِنَ السَّرَجِ وَاللِّجَامِ ، وَجُعِلَ فِي وَقْفٍ مِثْلِهِ ، فَهُوَ أَحَبُّ ؛ لِأَنَّ الْفِضَّةَ لَا يُنْتَفَعُ بِهَا ، وَلَعَلَّهُ يَشْتَرِي بِتِلْكَ الْفِضَّةِ سَرَجًا وَلِجَامًا ، فَيَكُونُ أَنْفَعًا لِلْمُسْلِمِينَ . فَقِيلَ لَهُ : تَبَاغُ الْفِضَّةُ ، وَتُجْعَلُ فِي نَفَقَتِهِ ؟ قَالَ : لَا . فَأَبَاحَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِفِضَّةِ السَّرَجِ وَاللِّجَامِ سَرَجًا وَلِجَامًا ؛ لِأَنَّهُ صَرَّفَ لهما فِي جِنْسٍ مَا كَانَتْ عَلَيْهِ ، حِينَ لَمْ يُنْتَفَعْ بِهما فِيهِ . فَأَشْبَهَ الْفَرَسَ الْحَبِيسَ إِذَا عَطِبَ فَلَمْ يُنْتَفَعْ بِهِ فِي الْجِهَادِ ، جَازَ بَيْعُهُ ، وَصَرَّفَ ثَمَنَهُ فِي مِثْلِهِ ، وَلَمْ يَجْزِ إِنْفَاقُهَا ^(٦) عَلَى الْفَرَسِ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّفَ لَهَا إِلَى غَيْرِ جِهَتِهَا .

٩٢٨ - مسألة ؛ قال : (وَيَصِحُّ الْوَقْفُ فِيمَا عَدَا ذَلِكَ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الَّذِي يَجُوزُ وَقْفُهُ ، مَا جَازَ بَيْعُهُ ، وَجَازَ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، وَكَانَ أَصْلًا يَبْقَى بَقَاءً مُتَّصِلًا ، كَالْعَقَارِ ، وَالْحَيَوَانَاتِ ، وَالسَّلَاحِ ، وَالْأَنْثَاءِ ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي / رِوَايَةِ الْأَثَرِ : إِنَّمَا الْوَقْفُ فِي الدُّورِ وَالْأَرْضَيْنِ ، عَلَى مَا وَقَفَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . وَقَالَ فِي مَنْ وَقَفَ خُمْسَ نَحْلَاتٍ عَلَى مَسْجِدٍ :

(٣) فِي الْأَصْلِ : « الْمَلِكُ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « يَصَحُّ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « كَالْعَيْنِ » .

(٦) فِي م : « إِنْفَاقُهَا » .

لا بأس به . وهذا قول الشافعي . وقال أبو يوسف : لا يجوز وقف الحيوان ، ولا الرقيق ، ولا الكراع^(١) ، ولا العرض^(٢) ، ولا السلاح ، والغلمان ، والبقر ، والآلة في الأرض الموقوفة تبعاً لها ؛ لأن^(٣) « هذا حيوان » لا يُقاتل عليه ، فلم يَجْزُ وقفه ، كما لو كان الوقف إلى مدة . وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان . ولنا ، أن النبي ﷺ قال : « أَمَّا خَالِدٌ فَقَدْ احْتَبَسَ أَذْرَاعَهُ وَأَعْتَادَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ » . مُتَّفَقٌ عليه^(٤) . وفي رواية : « وَأَعْتَدَهُ » . أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ . قال الخطابي^(٥) : « الْأَعْتَادُ مَا يُعَدُّهُ^(٦) الرَّجُلُ مِنَ الْمَرْكُوبِ وَالسَّلَاحِ^(٧) وَالْأَلَةِ الْجِهَادِ . وَرَوَى أَنَّهُ أَمَّ مَعْقِلَ ، جَاءَتْ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ أَبَا مَعْقِلٍ جَعَلَ نَاضِحَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَإِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ ، أَفَأَرْكَبُهُ ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « ارْكَبِيهِ ، فَإِنَّ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ مِنْ سَبِيلِ اللَّهِ »^(٨) . وَلَئِنَّهُ يَخْصُلُ فِيهِ تَخْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، فَصَحَّ وَقْفُهُ ، كَالْعَقَارِ^(٩) وَالْفَرَسِ الْحَبِيسِ ، وَلَئِنَّهُ يَصِحُّ وَقْفُهُ مَعَ غَيْرِهِ ، فَصَحَّ وَقْفُهُ وَحْدَهُ ، كَالْعَقَارِ^(٩) .

(١) الكراع : اسم يجمع الخيل والسلاح .

(٢) في الأصل : « العروض » .

(٣ - ٣) في م : « الحيوان » .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ وَفِي الرِّقَابِ ... ﴾ ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب ما قيل في درع النبي ﷺ ... ، من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ١٥١/٢ ، ٤٩/٤ . ومسلم ، في : باب في تقديم الزكاة ومنعها ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٦٠٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في تعجيل الزكاة . من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ٣٧٦/١ . والنسائي ، في : باب إعطاء السيد المال بغير اختيار المصدق ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٢٤/٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٢/٢ .

(٥) في معالم السنن ٥٣/٢ .

(٦) في م زيادة : « ما » .

(٧ - ٧) في الأصل : « مركوب وسلاح » .

(٨) أخرجه أبو داود ، في : باب العمرة ، من كتاب المناسك . سنن أبي داود ٤٥٩/١ .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل .

فصل : قال أحمد ، رحمه الله ، في رَجُلٍ له دَارٌ في الرِّبَضِ ، أو قَطِيعَةٍ ، فَأَرَادَ التَّنَزُّهَ منها . قال : يَقْفُهَا . قال : القَطَائِعُ تَرْجِعُ إِلَى الْأَصْلِ إِذَا جَعَلَهَا لِلْمَسَاكِينِ . فظَاهِرُ هذا إِبَاحَةُ وَقْفِ السَّوَادِ ، وهو في الْأَصْلِ وَقْفٌ ؛ وَمَعْنَاهُ أَنْ وَقْفَهَا يُطَابِقُ الْأَصْلَ ؛ لَا أَنَّهَا تُصِيرُ بهذا القولُ وَقْفًا .

٩٢٩ - مسألة ؛ قال : (وَيَصِحُّ وَقْفُ الْمُشَاعِ)

وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو يوسف . وقال محمد بن الحسن : لا يَصِحُّ . وَبَنَاهُ عَلَى أَصْلِهِ فِي أَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ ، وَأَنَّ الْقَبْضَ لَا يَصِحُّ فِي الْمُشَاعِ . وَلَنَا ، أَنَّ فِي حَدِيثٍ عَمْرٌ أَنَّهُ أَصَابَ مِائَةَ سَهْمٍ مِنْ خَيْبَرٍ ، وَاسْتَأْذَنَ النَّبِيَّ ﷺ فِيهَا ، فَأَمَرَهُ بِوَقْفِهَا^(١) . وَهَذَا صِفَةُ الْمُشَاعِ ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ يَجُوزُ عَلَى بَعْضِ الْجُمْلَةِ مُفْرَزًا^(٢) فَجَازَ عَلَيْهِ مُشَاعًا ، كَالْبَيْعِ ، أَوْ عَرَصَةٍ يَجُوزُ بَيْعُهَا ، فَجَازَ وَقْفُهَا ، كَالْمُفْرَزَةِ^(٣) ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، وَهَذَا يَحْصُلُ فِي الْمُشَاعِ ، كَحُصُولِهِ فِي الْمُفْرَزَةِ^(٤) ، وَلَا نُسَلِّمُ اعْتِبَارَ الْقَبْضِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا ، فَإِذَا صَحَّ فِي الْبَيْعِ صَحَّ فِي الْوَقْفِ .

فصل : وَإِنْ وَقَفَ دَارَهُ عَلَى جِهَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ ، مِثْلَ أَنْ يَقْفَهَا عَلَى أَوْلَادِهِ وَعَلَى / ١٦٤/٥ وَ الْمَسَاكِينِ ، نِصْفَيْنِ ، أَوْ أَثْلَاثًا ، أَوْ كَيْفَمَا كَانَ ، جَازَ . وَسَوَاءٌ جَعَلَ مَالَ الْمَوْقُوفِ عَلَى أَوْلَادِهِ وَعَلَى الْمَسَاكِينِ ، أَوْ عَلَى جِهَةٍ أُخْرَى سِوَاهُمَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ وَقْفَ الْجُزْءِ مُفْرَدًا ، جَازَ وَقْفُ الْجُزْأَيْنِ . وَإِنْ أَطْلَقَ الْوَقْفَ ، فَقَالَ : أَوْقَفْتُ دَارِي هَذِهِ عَلَى أَوْلَادِي ، وَعَلَى الْمَسَاكِينِ . فَهِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ^(٥) ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْإِضَافَةِ إِلَيْهِمَا

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٤ .

(٢) في الأصل : « مقرر » .

(٣) في الأصل : « كالمقررة » .

(٤) في الأصل : « المقرر » .

(٥) أي تقسم نصفين .

تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الْجِهَتَيْنِ ، وَلَا تَتَحَقَّقُ التَّسْوِيَةُ إِلَّا بِالتَّصْنِيفِ^(٦) . وَإِنْ قَالَ :
وَقَفَّتْهَا عَلَى زَيْدٍ وَعَمْرٍو وَالْمَسَاكِينِ . فَهِيَ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا .

فصل : فَإِنْ أُرِيدَ تَمْيِيزُ الْوَقْفِ^(٧) عَنِ الطَّلْقِ^(٨) بِالْقِسْمَةِ ، فَذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى
الْقِسْمَةِ ، هَلْ هِيَ بَيْعٌ أَوْ إِفْرَازٌ^(٩) حَقٌّ ؟ وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا إِفْرَازُ حَقٌّ ، فَيُنْظَرُ ؛ فَإِنْ لَمْ
يَكُنْ فِيهَا رَدٌّ جَازَتْ الْقِسْمَةُ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا رَدٌّ مِنْ جَانِبِ أَصْحَابِ الْوَقْفِ ، جَازَتْ
أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ شِرَاءٌ لَشَيْءٍ مِنَ الطَّلْقِ . وَإِنْ كَانَ مِنْ صَاحِبِ الطَّلْقِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ شِرَاءٌ
بَعْضِ الْوَقْفِ ، وَيَبْعُهُ غَيْرُ جَائِزٍ . وَإِنْ كَانَ الْمُشَاعُ وَقْفًا عَلَى جِهَتَيْنِ ، فَأَرَادَ أَهْلُهُ
قِسْمَتَهُ ، اثْبَتْنِي عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، وَلَمْ يَجُزْ فِيمَا إِذَا كَانَ فِيهَا رَدٌّ بِحَالٍ . وَمَتَى جَازَتْ الْقِسْمَةُ
فِي الْوَقْفِ ، وَطَلَبَهَا أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ، أَوْ وَلِيُّ الْوَقْفِ ، أُجِبَ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ قِسْمَةٍ
جَازَتْ مِنْ غَيْرِ رَدٍّ وَلَا ضَرَرٍ ، فَهِيَ وَاجِبَةٌ .

٩٣٠ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْوَقْفُ عَلَى مَعْرُوفٍ أَوْ بِرٍّ ، فَهُوَ بَاطِلٌ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَقْفَ لَا يَصِحُّ إِلَّا عَلَى مَنْ يُعْرَفُ ، كَوَلَدِهِ ، وَأَقَارِبِهِ ، وَرَجُلٍ
مُعَيَّنٍ ، أَوْ عَلَى بِرٍّ ، كِبَنَاءِ الْمَسَاجِدِ وَالْقَنَاطِيرِ ، وَكُتُبِ الْفِقْهِ وَالْعِلْمِ وَالْقُرْآنِ ،
وَالْمَقَابِرِ ، وَالسَّقَايَاتِ وَسَبِيلِ اللَّهِ ، وَلَا يَصِحُّ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ^(١) ، كَرَجُلٍ وَامْرَأَةٍ ؛ لِأَنَّ
الْوَقْفَ تَمْلِيكَ لِلْعَيْنِ أَوْ لِلْمَنْفَعَةِ ، فَلَا يَصِحُّ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ ، وَلَا
عَلَى مَعْصِيَةٍ كَبَيْتِ النَّارِ ، وَالْبَيْعِ ، وَالْكُنَائْسِ ، وَكُتُبِ التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ
مَعْصِيَةٌ ، فَإِنَّ هَذِهِ الْمَوَاضِعَ بُنِيَتْ لِلْكَفْرِ ، وَهَذِهِ الْكُتُبُ مَبْدَلَةٌ مَنْسُوخَةٌ ، وَلِذَلِكَ
غَضِبَ النَّبِيُّ ﷺ حِينَ رَأَى مَعَ عَمْرِو صَحِيفَةً فِيهَا شَيْءٌ مِنَ التَّوْرَةِ ، وَقَالَ : « أَفَى شَكٌّ

(٦) فِي النِّسْخِ : « بِالتَّصْنِيفِ » .

(٧ - ٧) فِي م : « الْمَطْلُوقِ » . وَكَلِمَةُ « الطَّلْقِ » وَرَدَتْ فِيمَا يَأْتِي فِي م : « الْمَطْلُوقِ » .

(٨) فِي م هُنَا وَفِيمَا يَأْتِي : « إِفْرَازٍ » .

(٩) مِنْ هُنَا إِلَى قَوْلِهِ : « غَيْرِ مُعَيَّنٍ » الْآتِي سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

أَنْتَ يَا ابْنَ الْخَطَّابِ ؟ أَلَمْ آتِ بِهَا بَيْضَاءَ نَقِيَّةً ؟ لَوْ كَانَ مُوسَى أَخِي حَيًّا مَا وَسِعَهُ إِلَّا
 اتِّبَاعِي ^(٢) . وَلَوْلَا أَنَّ ذَلِكَ مَعْصِيَةٌ مَا غَضِبَ مِنْهُ . وَالْوَقْفُ عَلَى قَنَادِيلِ الْبَيْعَةِ وَفَرْشِهَا
 وَمَنْ يَخْدُمُهَا وَيَعْمُرُهَا ، كَالْوَقْفِ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ لَتَعْظِيمِهَا . وَسَوَاءٌ كَانَ الْوَاقِفُ
 مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي نَصَارَى وَقَفُوا عَلَى الْبَيْعَةِ ضِيَاعًا كَثِيرَةً ، وَمَاتُوا وَلَهُمْ
 أَبْنَاءُ نَصَارَى ، فَأَسْلَمُوا / وَالضِّيَاعُ بِيَدِ النَّصَارَى : فَلَهُمْ أَخَذُهَا ، وَلِلْمُسْلِمِينَ عَوْنُهُمْ
 حَتَّى يَسْتَحْرِجُوهَا مِنْ أَيْدِيهِمْ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ
 لِأَنَّ مَا لَا يَصِحُّ مِنَ الْمُسْلِمِ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، لَا يَصِحُّ مِنَ الذَّمِيِّ ، كَالْوَقْفِ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ .
 فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قُلْتُمْ إِنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ إِذَا عَقَدُوا عَقُودًا فَاسِدَةً ، وَتَقَابَضُوا ، ثُمَّ أَسْلَمُوا
 وَتَرَفَعُوا إِلَيْنَا ، لَمْ نَنْقُضْ مَا فَعَلُوهُ ، فَكَيْفَ أَجَزْتُمْ الرُّجُوعَ فِيهَا وَقَفَّوهُ عَلَى كَنَائِسِهِمْ ؟
 قُلْنَا : الْوَقْفُ لَيْسَ بِعَقْدٍ مُعَارَضَةٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ إِزَالَةٌ لِلْمَلِكِ فِي الْمَوْقُوفِ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ ،
 فَإِذَا لَمْ يَقَعْ صَحِيحًا ، لَمْ يَزُلْ الْمَلِكُ ، فَيَبْقَى بِحَالِهِ كَالْعَتَقِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ،
 رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي نَصَرَانِي أَشْهَدُ فِي وَصِيَّتِهِ ، أَنَّ غَلَامَهُ فَلَانًا يَخْدُمُ الْبَيْعَةَ خَمْسَ سِنِينَ ،
 ثُمَّ هُوَ حُرٌّ . ثُمَّ مَاتَ مَوْلَاهُ ، وَخَدَمَ سَنَةً ، ثُمَّ أَسْلَمَ ، مَا عَلَيْهِ ؟ قَالَ : هُوَ حُرٌّ . وَيَرْجِعُ
 عَلَى الْغَلَامِ بِأَجْرَةِ خِدْمَةِ مَبْلَغِ أَرْبَعِ سِنِينَ . وَرَوَى عَنْهُ ، قَالَ : هُوَ حُرٌّ سَاعَةً مَاتَ
 مَوْلَاهُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ مَعْصِيَةٌ . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ أَصَحُّ وَأَوْفَقُ لِأُصُولِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ قَوْلَهُ :
 يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِخِدْمَتِهِ أَرْبَعِ سِنِينَ ، لَمْ يَكُنْ لِصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ ، بَلْ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَعْتَقَهُ بِعَوَضٍ
 يَعْتَقِدُ أَنْ صَحَّتْ ، فَإِذَا تَعَدَّرَ الْعَوَضُ بِإِسْلَامِهِ ، كَانَ عَلَيْهِ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، كَالْوَتْرُوجِ
 الذَّمِّيِّ ذِمِّيَّةً عَلَى ذَلِكَ ثُمَّ أَسْلَمَ ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ ، كَذَا هُنَا يَجِبُ عَلَيْهِ
 الْعَوَضُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى .

فصل : وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى مَنْ لَا يَمْلِكُ ، كَالْعَبْدِ الْقَيْنِ ، وَأُمِّ الْوَلَدِ ، وَالْمُدَبِّرِ ،
 وَالْمَيِّتِ ، وَالْحَمَلِ ، وَالْمَلِكِ وَالْجِنِّ وَالشَّيَاطِينِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى

(٢) أخرجه الدارمي ، في : باب ما يفتي من تفسير حديث النبي ﷺ وقول غيره عند قوله ﷺ ، من المقدمة .
 سنن الدارمي ١/ ١١٥ ، ١١٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/ ٣٨٧ .

مَمَالِكِهِ : لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ حَتَّى يَغْتَفَهُمْ . وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِكُ ، فَلَا يَصِحُّ عَلَى مَنْ لَا يَمْلِكُ . فَإِنْ قِيلَ : قَدْ جَوُزْتُمُ الْوَقْفَ عَلَى الْمَسَاجِدِ وَالسَّقَايَاتِ وَأَشْبَاهِهَا ، وَهِيَ لَا تَمْلِكُ . قُلْنَا : الْوَقْفُ هُنَاكَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، إِلَّا أَنَّهُ عَيْنٌ فِي نَفْعٍ خَاصٍّ لَهُمْ . فَإِنْ قِيلَ : فَيَتَّبِعِي أَنْ يَصِحَّ الْوَقْفُ عَلَى الْكُنَائِسِ ، وَيَكُونُ الْوَقْفُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ . قُلْنَا : الْجِهَةُ الَّتِي عَيْنُ صَرْفِ الْوَقْفِ فِيهَا لَيْسَتْ نَفْعًا ، بَلْ هِيَ مَعْصِيَةٌ مُحَرَّمَةٌ ، يُزَادُونَ^(٣) بِهَا عِقَابًا وَإِثْمًا ، بِخِلَافِ الْمَسَاجِدِ . وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْعَبْدِ ، وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَمْلِكُ بِالتَّمْلِكِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ يَقْتَضِي تَخْيِيسَ الْأَصْلِ ، وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ مِلْكًا لَازِمًا . وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْمُكَاتَبِ ، وَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ . وَلَا عَلَى مُرْتَدٍّ ، وَلَا عَلَى^(٤) حَرْبِي ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَهُمْ مُبَاحَةٌ فِي الْأَصْلِ / ، وَيَجُوزُ اخْتِذُهَا مِنْهُمْ بِالْقَهْرِ وَالْعَلْبَةِ ، فَمَا يَتَجَدَّدُ لَهُمْ أَوْلَى ، وَالْوَقْفُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُبَاحَ الْأَخِذِ ؛ لِأَنَّهُ تَخْيِيسُ الْأَصْلِ .

و ١٦٥/٥

فصل : وَيَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ مِلْكًا مُحْتَرَمًا ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَصَدَّقَ عَلَيْهِمْ ، فَجَازَ الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ ، كَالْمُسْلِمِينَ . وَيَجُوزُ أَنْ يَقِفَ الْمُسْلِمُ عَلَيْهِ ، لَمَّا رُوِيَ أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ حُيَيٍّ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ ، وَقَفَتْ عَلَى أَخٍ لَهَا يَهُودِيًّا^(٥) ، وَلَأَنَّ مَنْ جَازَ أَنْ يَقِفَ الذِّمِّيُّ عَلَيْهِ ، جَازَ أَنْ يَقِفَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُ ، كَالْمُسْلِمِ . وَلَوْ وَقَفَ عَلَى مَنْ يَنْزِلُ كُنَائِسَهُمْ وَيَبِيعُهُمْ مِنَ الْمَارَّةِ وَالْمُجْتَازِينَ ، صَحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَيْهِمْ ، لَا عَلَى الْمَوْضِعِ .

فصل : وَيَنْظَرُ فِي الْوَقْفِ مَنْ شَرَطَهُ الْوَاقِفُ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جَعَلَ وَقْفَهُ إِلَى حَفْصَةَ تَلِيهِ مَا عَاشَتْ ، ثُمَّ إِلَى ذَوِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا^(٦) . وَلَأَنَّ مَصْرِفَ الْوَقْفِ يَتَّبِعُ

(٣) فِي الْأَصْلِ : « يُزَادُونَ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : ٣ .

(٥) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ عَطِيَةِ الْمُسْلِمِ الْكَافِرَ وَوَصِيَّتِهِ لَهُ ، مِنْ كِتَابِ أَهْلِ الْكِتَابِ . وَفِي : بَابِ الْمِيرَاثِ لَا يَقْسَمُ حَتَّى يَسْلَمَ ، مِنْ كِتَابِ أَهْلِ الْكِتَابِينَ . الْمَصْنُفُ ٣٣/٦ ، ٣٤٩/١٠ . وَسَعِيدٌ ، فِي : بَابِ وَصِيَةِ الصَّبِيِّ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . السَّنَنُ ١٢٨/١ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ الْوَصِيَةِ لِلْكَافِرِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . السَّنَنُ الْكُبْرَى ٢٨١/٦ .

(٦) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ١٨٤ .

فيه شرط الواقف ، فكذاك الناظر فيه . فإن جعل النظر لنفسه جازاً ، وإن جعله إلى غيره فهو له ، فإن لم يجعله لأحد^(٧) ، أو جعله لإنسان فمات ، نظر فيه الموقوف عليه ؛ لأنه ملكه ونفعه له ، فكان نظره إليه كملكه المطلق . ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم . اختاره ابن أبي موسى . ويحتمل أن يكون الوجهان منبئين على أن الملك هل ينتقل فيه إلى الموقوف عليه ، أو إلى الله تعالى ؟ فإن قلنا : هو للموقوف عليه . فالنظر فيه إليه ؛ لأنه ملكه ، عينه ونفعه . وإن قلنا : هو لله . فالحاكم ينوب فيه ، ويصرفه إلى مصارفه^(٨) ؛ لأنه مال الله ، فكان النظر فيه إلى حاكم المسلمين ، كالوقف على المساكين . وأما الوقف على المساكين والمساجد ونحوها ، أو على من لا يمكن حصرهم واستيعابهم ، فالنظر فيه إلى الحاكم ؛ لأنه ليس له مال كمتعين ينظر فيه . وله أن يستنيب فيه ؛ لأن الحاكم لا يمكنه تولي النظر بنفسه . ومتى كان النظر للموقوف عليه ، إما بجعل الواقف ذلك له ، أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواه ، وكان واحداً مكلفاً^(٩) رشيدياً ، فهو أحق بذلك ، رجلاً كان أو امرأة ، عدلاً كان أو فاسقاً ؛ لأنه ينظر لنفسه ، فكان له ذلك في هذه الأحوال ، كالطلق . ويحتمل أن يضم إلى الفاسق أمين ، حفظاً لأصل الوقف عن البيع أو التضييع . وإن كان الوقف لجماعة رشيدين ، فالنظر للجميع ، لكل إنسان في نصيبه . وإن كان الموقوف عليه غير رشيد ، إما لصغير ، أو سفه ، أو جنون / ، قام وليه في النظر مقامه ، كما يقوم مقامه في ماله الطلق^(١٠) . وإن كان النظر لغير الموقوف عليه ، أو لبعض الموقوف عليه ، بتولية الواقف أو الحاكم . لم يجوز أن يكون إلا أميناً ، فإن لم يكن أميناً ، وكانت توليته من الحاكم ، لم تصح . وأزيلت يده . وإن ولّاه الواقف وهو فاسق ، أو ولّاه وهو

(٧) في الأصل : « إلى أحد » .

(٨) في الأصل : « مصارف المسلمين » .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في م : « المطلق » .

عَدْلٌ وَصَارَ فَاسِقًا ، ضُمَّ إِلَيْهِ أَمِينٌ يَنْحَفِظُ بِهِ الْوَقْفُ ، وَلَمْ تَزَلْ يَدُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَ الْجَمْعُ
 بَيْنَ الْحَقَّيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ تَوَلِّيُّهُ ، وَأَنَّهُ يَنْعَزِلُ إِذَا فَسَقَ فِي أَثْنَاءِ وَلَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهَا
 وَلَايَةٌ عَلَى حَقٍّ غَيْرِهِ ، فَتَأْفَاهَا الْفُسْقُ ، كَمَا لَوْ لَأَهُ الْحَاكِمُ ، وَكَأَلَوْ لَمْ يُمَكِّنْ حِفْظُ الْوَقْفِ
 مِنْهُ مَعَ بَقَاءِ وَلَايَتِهِ ^(١١) عَلَى حَقٍّ غَيْرِهِ ^(١٢) ، فَإِنَّهُ مَتَى لَمْ يُمَكِّنْ حِفْظُهُ مِنْهُ أَزِيلَتْ وَلَايَتُهُ ،
 فَإِنَّ مَرَاعَةَ حِفْظِ الْوَقْفِ أَهَمُّ مِنْ إِبْقَاءِ وَلَايَةِ الْفَاسِقِ عَلَيْهِ .

فصل : وَتَفَقُّهُ الْوَقْفِ مِنْ حَيْثُ شَرَطَ الْوَاقِفُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَتْبَعَ شَرْطُهُ فِي
 تَسْبِيلِهِ ^(١٣) ، وَجَبَ اتِّبَاعُ شَرْطِهِ فِي تَفَقُّهِهِ . فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ فَمِنْ غَلَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ
 اقْتَضَى تَحْيِيسَ أَصْلِهِ وَتَسْبِيلَ نَفْعِهِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِلَّا بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، فَكَانَ ذَلِكَ
 مِنْ ضَرُورَتِهِ . وَإِنْ تَعَطَّلَتْ مَنَافِعُ الْحَيَوَانِ الْمَوْقُوفِ ، فَتَفَقُّهُ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛
 لِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَيَحْتَمِلُ وَجُوبُهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ . وَيَجُوزُ بَيْعُهُ ، عَلَى مَا سَلَفَ بَيَانُهُ .

(١١ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في الأصل : « مسله » . وفي م : « سييله » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

كتاب الهبة والعطية^(١)

٩٣١ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تَصِحُّ الْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ إِلَّا بِقَبْضِهِ)

وجملة ذلك أن الهبة والصَّدَقَةُ والهِدْيَةُ والعَطِيَّةُ مَعَانِيهَا مُتَقَارِبَةٌ ، وكلُّها تَمْلِكُ في الحَيَاةِ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، واسْمُ الْعَطِيَّةِ شَامِلٌ لِجَمِيعِهَا ، وكذلك الهبة . والصَّدَقَةُ وَالْهِدْيَةُ مُتَعَايِرَانِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَأْكُلُ الْهِدْيَةَ ، وَلَا يَأْكُلُ الصَّدَقَةَ^(٢) . وقال في اللَّحْمِ الَّذِي تُصَدَّقُ بِهِ عَلَى بَرِيرَةَ : « هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ ، وَلَنَا هِدْيَةٌ »^(٣) . فالظاهر أن من أَعْطَى شَيْئًا^(٤) يَتَوَى بِهِ التَّقَرُّبُ^(٥) إِلَى اللَّهِ تَعَالَى لِلْمُحْتَاجِ ، فَهُوَ صَدَقَةٌ . ومن دَفَعَ

(١) لم يرد هذا العنوان في : الأصل .

(٢) أخرجه البخارى ، في : باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب قبول الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ١٥٧/٢ ، ٢٠٣/٣ . ومسلم ، في : باب قبول النبي الهدية ورده للصدقة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧٥٦/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في كراهية الصدقة للنبي ﷺ وأهل بيته ومواليه ، من كتاب أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ١٥٧/٣ . والنسائى ، في : باب الصدقة لا تحل للنبي ﷺ ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٨١/٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٢/٢ ، ٣٠٥ ، ٣٣٨ ، ٤٠٦ ، ٤٩٢ ، ٤٩٠/٣ .

وانظر ما تقدم تخريجه في حاشية ١١٥/٤ .

(٣) تقدم تخريجه في : ١١٦/٤ .

(٤ - ٤) في م : « يتقرب به » .

إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه ، والمحبة له ، فهو هدية . وجميع ذلك مندوب إليه ،
ومحذوث عليه^(٥) ؛ فإن النبي ﷺ قال : « تَهَادُوا تَحَابُّوا »^(٦) . وأما الصدقة ، فما
وَرَدَ في فضلها أَكْثَرُ من أن يُمكننا حصره ، وقد قال الله تعالى : ﴿ إِن تَبْدُوا الصَّدَقَاتِ
فَنِعِمَّا هِيَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهِيَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَيُكَفِّرُ عَنْكُمْ مِنْ
سَيِّئَاتِكُمْ ﴾^(٧) . إذا ثبت هذا ، فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا
بالقبض . وهو قول أكثر الفقهاء منهم ؛ التَّحْيِي ، والثوري ، والحسن بن صالح ،
وأبو حنيفة ، والشافعي . وقال /مالك ، وأبو ثور : يلزم ذلك بمجرد العقد ؛ لعموم
قوله عليه السلام : « الْعَائِدُ فِي هَبْتِهِ ، كَالْعَائِدِ فِي فَيْئِهِ »^(٨) . ولأنه إزاله ملك بغير

و ١٦٦/٥

(٥) في م : « إليه » .

(٦) أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في المهاجرة ، من كتاب حسن الخلق . الموطأ ٩٠٨/٢ .

والبيهقي ، في : باب التحريض على الهبة والهدية ... ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٦٩/٦ .

(٧) سورة البقرة ٢٧١ .

(٨) تقدم تخريجه في : ١٠٤/٤ ، ويضاف إليه : وأخرجه البخاري ، في : باب هل يشتري صدقته ... ،

من كتاب الزكاة ، وفي : باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته ، من كتاب الهبة ، وفي : باب

إذا حمل على فرس فرأها تباع ، من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ١٥٧/٢ ، ٢١٥/٣ ، ٧١/٤ .

ومسلم ، في : باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ... ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٣٩/٣ .

والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ، من أبواب البيوع ، وباب ما جاء في كراهية

الرجوع في الهبة ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٣٠١/٥ ، ٢٩٣/٨ . والنسائي ، في : باب شراء

الصدقة ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٨٢/٥ . وابن ماجه ، في : باب الرجوع في الهبة ، من كتاب الهبات .

سنن ابن ماجه ٧٩٧/٢ والإمام مالك ، في : باب شراء الصدقة والعود فيها ، من كتاب الزكاة . الموطأ

. ٢٨٢/١

عَوْضٍ ، فَلَزِمَ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ ، كَالْوَقْفِ وَالْعَتَقِ . وربما قالوا : تَبَرُّعٌ ، فلا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ ، كَالْوَصِيَّةِ وَالْوَقْفِ . ولأنَّهُ عَقْدٌ لَا زِمَ يَنْقُلُ الْمِلْكَ ، فلم يَقِفْ لَزُومُهُ عَلَى الْقَبْضِ كَالْبَيْعِ . ولنا ، إجماعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَإِنْ مَا قُلْنَا مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعَمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، ولم يُعَرَفْ لهما فِي الصَّحَابَةِ مُخَالِفٌ ، فَرَوَى عُرْوَةُ ، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، نَحَلَهَا جِذَاذَ عَشْرِينَ وَسَقًا مِنْ مَالِهِ بِالْعَالِيَةِ . فلما مَرَضَ ، قال : يَا بُنَيَّةُ ، مَا أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غِنًى بَعْدِي مِنْكَ ، وَلَا أَحَدٌ أَغْزَى عَلَيَّ فَقْرًا مِنْكَ ، وَكَنتَ تَحْلُتُكِ جِذَاذَ عَشْرِينَ وَسَقًا ، وَوَدَدْتُ أَنَّكَ حُزْبِيهِ أَوْ قَبْضَتِيهِ ، وَهُوَ الْيَوْمَ مَالُ الْوَارِثِ أَخَوَاكِ وَأُخْتَاكِ ، فَاقْتَسِمُوا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ^(٩) . وَرَوَى ابْنُ عُيَيْنَةَ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ الْقَارِيِّ ، أَنَّ عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، قال : مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَنْحَلُونَ أَوْلَادَهُمْ ، فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمْ ، قال : مَالِي ، وَفِي يَدِي . وَإِذَا مَاتَ هُوَ^(١٠) ، قال : قَدْ^(١١) كُنْتُ نَحَلْتُهُ وَلَدِي . لَا نَحْلَةَ إِلَّا نَحْلَةً يَحْزُوهَا^(١٢) الْوَلَدُ دُونَ الْوَالِدِ ، فَإِنْ مَاتَ وَرَثَهُ . وَرَوَى عُثْمَانُ أَنَّ الْوَالِدَ يَحْزُوهَا^(١٣) لِوَلَدِهِ إِذَا كَانُوا صِغَارًا . قال المَرْوُذِيُّ : اتَّفَقَ أَبُو بَكْرٍ وَعَمَرُ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ ، أَنَّ الْهَبَةَ لَا تَحْزُوهَا إِلَّا مَقْبُوضَةٌ . ولأنَّهَا هَبَةٌ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ ، فلم تَلْزَمْ ، كَمَا لَوْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ ، فَإِنَّ مَالَكَا يَقُولُ : لَا يَلْزَمُ الْوَرِثَةُ التَّسْلِيمُ ، وَالْحَبِيرُ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَقْبُوضِ ، وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى الْوَقْفِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْعَتَقِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ إِخْرَاجَ مِلْكٍ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، فَخَالَفَ التَّمْلِيكَاتِ ، وَالْوَصِيَّةُ تَلْزَمُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ ، وَالْعَتَقُ إِسْقَاطُ حَقٍّ وَلَيْسَ بِتَّمْلِيكٍ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ وَالْعَتَقَ لَا يَكُونُ فِي مَحَلِّ التَّزَاعٍ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ .

فصل : وَقَوْلُ الْخَرَقِيِّ : « لَا يَصِحُّ » . يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ لَا يَلْزَمُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ

(٩) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠٦ .

(١٠) سقط من : م .

(١١) في م : يَحْزُوهَا .

(١٢) في م : يَحْزُوهَا .

لا يثبت بها الملك قبل القبض ، فإنَّ حُكْمَ^(١٣) الملك حُكْمُ الهبة ، والصَّحَّةُ اغْتِبَارُ
 الشيءِ في حَقِّ حُكْمِهِ . وأما الصَّحَّةُ^(١٤) بِمَعْنَى انْعِقَادِ اللَّفْظِ بحيثُ إذا انْضَمَّ إليه
 القَبْضُ اغْتَبِرَ وَثَبَتْ^(١٥) حُكْمُهُ ، فلا يَصِحُّ حَمْلُ لَفْظِهِ عَلَى نَفْيِهِ ، لِعَدَمِ الْخِلَافِ فِيهِ ،
 ولأنَّهُ قال في سِيَاقِ الْمَسْأَلَةِ : « كما يَصِحُّ في الْبَيْعِ » . وقد تَقَرَّرَ في الْبَيْعِ أَنَّ بَيْعَ الْمَكِيلِ
 والمُوزُونِ صَحِيحٌ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وإِنَّمَا يَنْتَفِي الضَّمَانُ وإِطْلَاقُهُ في التَّصَرُّفَاتِ . / ط ١٦٦/٥
 وقوله : « ما يَكْأَلُ وما يُوزَنُ » ظاهرُهُ الْعُمُومُ في كُلِّ مُوزُونٍ وَمَكِيلٍ ، وَخَصَّةُ أَصْحَابِنَا
 الْمُتَأَخَّرُونَ بِمَا لَيْسَ بِمُتَعَيِّنٍ فِيهِ ، كَالْقَفِيزِ مِنْ صَبْرَةٍ ، وَالرُّطْلِ مِنْ زُبْرَةٍ . وقد ذَكَرْنَا ذَلِكَ
 فِي الْبَيْعِ ، وَرَجَّحْنَا الْعُمُومَ .

فصل : والواهبُ بِالْخِيَارِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، إِنْ شَاءَ اقْبَضَهَا وَأَمْضَاهَا ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ
 فِيهَا وَمَنَعَهَا . ولا يَصِحُّ قَبْضُهَا إِلَّا بِإِذْنِهِ ، فَإِنْ قَبَضَهَا الْمُوهُوبُ لَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَتِمَّ الْهَبَةُ ،
 وَلَمْ يَصِحَّ الْقَبْضُ . وَحَكَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِذَا قَبَضَهَا فِي الْمَجْلِسِ صَحَّ ، وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ
 لَهُ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ قَامَتْ مَقَامَ الْإِذْنِ فِي الْقَبْضِ ، لِكُونِهَا دَالَّةً عَلَى رِضَاةِ الْتَمْلِيكِ الَّذِي لَا
 يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَبْضُ الْهَبَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْوَاهِبِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا بَعْدَ الْمَجْلِسِ ،
 أَوْ كَمَا لَوْ نَهَاةً عَنْ قَبْضِهَا ، وَلِأَنَّ^(١٦) التَّسْلِيمَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَى الْوَاهِبِ ، فَلَا يَصِحُّ
 التَّسْلِيمُ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، كَمَا لَوْ أَخَذَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ مِنَ الْبَائِعِ قَبْلَ تَسْلِيمِ ثَمَنِهِ . وَلَا يَصِحُّ
 جَعْلُ الْهَبَةِ إِذْنًا فِي الْقَبْضِ ، بِدَلِيلِ مَا بَعْدَ الْمَجْلِسِ . وَلَوْ أْذَنَ الْوَاهِبُ فِي الْقَبْضِ ، ثُمَّ
 رَجَعَ عَنِ الْإِذْنِ ، أَوْ رَجَعَ فِي الْهَبَةِ ، صَحَّ رُجُوعُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِقَبْضٍ ، وَإِنْ رَجَعَ
 بَعْدَ الْقَبْضِ ، لَمْ يَنْفَعِ رُجُوعُهُ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ تَمَّتْ .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في م : « صحته » .

(١٥) في م : « وثبت » .

(١٦) في الأصل : « وليس » .

فصل : وإذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، بطلت الهبة ، سواء كان قبل الإذن في القبض أو بعده . ذكره القاضي في موت الواهب ؛ لأنه عقد جائز ، فبطل بموت أحد المتعاقدين ، كالوكالة والشركة . وقال أحمد ، في رواية أبي طالب ، وأبي الحارث ، في رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المهدى إليه ، حتى مات ؛ فإنها تعود إلى صاحبها ما لم يقبضها . وروى ^(١٧) بإسناده عن أم كلثوم بنت أبي ^(١٨) سلمة ، قالت : لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة ، قال لها : « إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقى مسك ، ولا أرى النجاشي إلا قد مات ، ولا أرى هديتي إلا ^(١٨) مردودة علي ، فإن ردت فهي لك » . قالت : فكان ما قال رسول الله ﷺ ، وردت عليه هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك ، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة . وإن مات صاحب الهدية قبل أن تصل إلى المهدى إليه ، رجعت إلى ورثة ^(١٩) المهدى ، وليس للرسول حملها إلى المهدى إليه ، إلا أن يأذن له الوارث . ولو رجع المهدى في هديته قبل وصولها إلى المهدى إليه ، صح رجوعه فيها ، والهبة كالهديّة . وقال أبو الخطاب : إذا مات الواهب ، قام واريثه مقامه / في الإذن في القبض والفسخ . وهذا ^(٢٠) يدل على أن الهبة لا تنفسخ بموته . وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي ؛ لأنه عقد ماله إلى اللزوم ، فلم ينفسخ بالموت كالبيع ^(١٩) المشروط فيه الخيار . وكذلك يخرج فيما إذا مات الموهوب له بعد قبوله . وإن مات أحدهما قبل القبول ، أو ما يقوم مقامه ، بطلت ، وجها واحدا ؛ لأن العقد لم يتم ، فأشبه ما لو أوجب البيع ، فمات أحدهما قبل القبول من المشتري . وإذا قلنا : إن الهبة لا تبطل .

(١٧) المسند ٤٠٤/٦

(١٨) سقط من : م .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في م زيادة : « ما » .

فمات أحدهما بعد الإذن في القبض ، بطل الإذن ، وجهاً واحداً ؛ لأن الميِّت إن كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة إلى وارثه ، فلم يلزم بغير إذنه . وإن كان الموهوب له ، فلم يوجد الإذن لوارثه ، فلم يملك القبض بغير إذن .

فصل : وإن وهبه شيئاً في يد المتهب ، كوديعة ، أو معصوب ، فظاهر كلام أحمد أن الهبة تلزم من غير قبض ، ولا مضى مدة يتأتى القبض فيها ؛ فإنه قال في رواية ابن منصور : إذا وهب لأمراه شيئاً لم تقبضه ، فليس بينه وبينها خيار ، هي معه في البيت . فظاهر هذا أنه لم يعتبر قبضاً ، ولا مضى مدة يتأتى فيها ، لكونها معه في البيت ، فيدها على ما فيه . وقال القاضي : لا بد من مضى مدة يتأتى فيها القبض . وقد روى عن أحمد ، رواية أخرى ، أنه يقتصر إلى إذن في القبض . وقد مضى تعليل ذلك وتفصيله في الرهن . ومذهب الشافعي كمدھينا ، في الاختلاف في اعتبار الإذن ، واعتبار مضى مدة يتأتى القبض فيها .

٩٣٢ - مسألة ؛ قال : (ويصح في غير ذلك بغير قبض ، إذا قبل ، كما يصح في النيع)

يعنى أن غير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرد العقد ، ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه . وروى ذلك عن علي وابن مسعود ، رضى الله عنهما (١) فإنه يروى عنهما (٢) أنهما قالوا : الهبة جائزة إذا كانت معلومة ، قبضت أو لم تقبض . وهو قول مالك ، وأبي ثور . وعن أحمد ، رواية أخرى : لا تلزم الهبة في الجميع إلا بالقبض . وهو قول أكثر أهل العلم . قال المروذي : اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ، على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة . ويروى ذلك عن النخعي ، والثوري ، والحسن بن صالح ، والعنبري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، لما ذكرنا في المسألة

(١ - ١) سقط من : م .

الأولى . وَوَجْهُ الرُّوَايَةِ الأولى ، أَنَّ الهِبَةَ أَحَدُ نَوْعَيْ التَّمْلِيكِ ، فَكَانَ مِنْهَا مَا لَا يَلْزَمُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، / وَمِنْهَا مَا يَلْزَمُ قَبْلَهُ ، كَالْبَيْعِ ، فَإِنْ مِنْهُ ^(٢) مَا لَا يَلْزَمُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَهُوَ ١٦٧/٥ ظ الصَّرْفُ ، وَبَيْعُ الرِّبَوِيَّاتِ ، وَمِنْهُ مَا يَلْزَمُ قَبْلَهُ ، وَهُوَ مَا عَدَا ذَلِكَ . فَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي بَكْرٍ ^(٣) ، فَلَا يَلْزَمُ ، فَإِنَّ جِذَاذَ عَشْرَيْنَ وَسَقًا ، يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ عَشْرَيْنَ وَسَقًا مَجْذُوزَةً ، فَيَكُونُ مَكِيلًا ، غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، وَهَذَا لَا بُدَّ فِيهِ مِنَ الْقَبْضِ . وَإِنْ أَرَادَ تَحْلِيلًا يَجْزِي عَشْرَيْنَ وَسَقًا ، فَهُوَ أَيْضًا غَيْرُ مُعَيَّنٍ وَلَا تَصِيحُ الهِبَةُ ^(٤) فِيهِ قَبْلَ تَعْيِينِهِ ، فَيَكُونُ مَعْنَاهُ : وَعَدْتُكَ بِالتَّحْلِيلِ . وَقَوْلُ عُمَرَ ^(٥) أَرَادَ بِهِ التَّهَيُّ عَنْ التَّحْلِيلِ بِنَحْلَةِ الْوَالِدِ وَلَدَهُ نَحْلَةً مَوْقُوفَةً عَلَى الْمَوْتِ ، فَيُظْهِرُ : إِنِّي تَحَلْتُ وَلَدِي شَيْئًا . وَيُمْسِكُهُ فِي يَدِهِ وَيَسْتَعْلِيهِ ، فَإِذَا مَاتَ أَخَذَهُ وَلَدَهُ بِحُكْمِ التَّحْلِيلِ الَّتِي أَظْهَرَهَا ، وَإِنْ مَاتَ وَلَدُهُ أَمْسَكَهُ ، وَلَمْ يُعْطَ وَرَثَةً وَلَدَهُ شَيْئًا . وَهَذَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مُحَرَّمٌ ، فَتَنَاهُمْ عَنْ هَذَا حَتَّى يَحُوزَهَا الْوَلَدُ دُونَ وَالِدِهِ ، فَإِنْ مَاتَ وَرَثَتَهَا وَرَثَتُهُ ، كَسَائِرِ مَالِهِ . وَإِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ هَذَا اخْتَصَصَ بِهِبَةِ الْوَلَدِ ^(٦) «دُونَ وَالِدِهِ» ، وَشَبَّهِهُ ، عَلَى أَنَّهُ قَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ خِلَافَ ذَلِكَ ، فَتَعَارَضَتْ أَقْوَالُهُمْ .

فصل : قول الخِرَقِيُّ : « إِذَا قِيلَ » يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يُسْتَعْنَى عَنِ الْقَبْضِ فِي مَوْضِعٍ وَجَدَ فِيهِ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ . وَالْإِيجَابُ أَنْ يَقُولَ : وَهَبْتُكَ ، أَوْ أَهْدَيْتُ إِلَيْكَ ، أَوْ أَعْطَيْتُكَ ، أَوْ هَذَا لَكَ . وَنَحْوَهُ مِنَ الْأَلْفَاظِ الدَّالَّةِ عَلَى هَذَا الْمَعْنَى . وَالْقَبُولُ أَنْ يَقُولَ : قَبِلْتُ ، أَوْ رَضِيتُ ، أَوْ نَحْوَ هَذَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّ الهِبَةَ وَالْعَطِيَّةَ لَا تَصِحُّ كُلُّهُمَا إِلَّا بِالْإِيجَابِ وَقَبُولٍ ، وَلَا بُدَّ مِنْهُمَا ، سِوَاءِ وَجَدَ الْقَبْضُ أَوْ لَمْ يُوْجَدْ . وَهَذَا

(٢) في م : فيه .

(٣) تقدم تحريجه في صفحة ٢٠٦ .

(٤) في الأصل : القبض .

(٥) تقدم في صفحة ٢٠٦ .

(٦) سقط من : م .

قول أكثر أصحاب الشافعي؛ لأنه عقد تمليك، فافتقر إلى الإيجاب والقبول، كالنكاح. والصحيح أن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية، ولا يحتاج إلى لفظ. وهذا اختيار ابن عقيل؛ فإن النبي ﷺ كان يهدي ويهدي إليه، ويعطي ويعطى، ويفرق الصدقات، ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها، وكان أصحابه يفعلون ذلك، ولم يتنقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول، ولا أمر به ولا تعليمه لأحد، ولو كان ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلاً مستهراً^(٧)، وكان ابن عمر على بعير لعمر، فقال النبي ﷺ لعمر: «بغيبه». فقال: هولك يا رسول الله. فقال رسول الله ﷺ: «هولك يا عبد الله بن عمر، فاصنع به ما شئت»^(٨). ولم يتنقل قبول النبي ﷺ من عمر، ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ،/ ولو كان شرطاً لفعله النبي ﷺ، وعلمه ابن عمر، ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله. وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ كان إذا أتى بطعام سأل عنه، فإن قالوا: صدقة. قال لأصحابه: «كلوا». ولم يأكل، وإن قالوا: هدية. ضرب بيده، فأكل معهم^(٩). ولا خلاف بين العلماء، فيما علمناه، في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الأكل، وأنه لا يحتاج إلى قبول بقوله. ولأنه وجد ما يدل على التراضي بنقل المليك، فاكْتَفَى به، كما لو وجد الإيجاب والقبول. قال ابن عقيل: إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق، وعدم العرف القائم بين المعطى والمُعْطَى؛ لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا، فلا بد من قول دال عليه، أمّا مع قرائن الأحوال والدلائل^(١٠)، فلا وجه لتوقيفه^(١١) على اللفظ، ألا ترى أننا اكتفينا بالمعاطاة في البيع، واكتفينا بدلالة الحال

و ١٦٨/٥

(٧) في م: «مشهورا».

(٨) تقدم تخريجه في ٢٤/٦، ٢٥.

(٩) تقدم تخريجه في ١١٦/٤، ويضاف إليه: وأخرجه البخاري، في: باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ، من كتاب الزكاة. صحيح البخاري ١٥٧/٢. والإمام أحمد، في: المسند ٤٩٠/٣.

(١٠) في الأصل: «والدلالة».

(١١) في م: «لتوقيفه».

في دُخُولِ الْحَمَامِ ، وَهُوَ إِجَارَةٌ وَبَيْعٌ أَغْيَانٍ ، فَإِذَا اكْتَفَيْنَا بِالْمُعَاوَضَاتِ مَعَ تَأْكُذِّهَا بِدَلَالَةِ الْحَالِ ، وَأَنَّهُ تَنْقُلُ الْمَلِكُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، فَلَأَن تَكْتَفِيَ بِهِ فِي الْهَبَةِ أُولَى .

فصل : وَالْقَبْضُ فِيمَا لَا يُنْقَلُ بِالتَّحْلِيلِ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، لَا حَائِلَ دُونَهُ ، وَفِيمَا يُنْقَلُ بِالنَّقْلِ ، وَفِي الْمُشَاعِ بِتَسْلِيمِ الْكُلِّ إِلَيْهِ . فَإِنْ أَبَى الشَّرِيكَ أَنْ يُسَلِّمَ نَصِيْبَهُ ، قِيلَ لِلْمُتْهَبِ : وَكُلَّ الشَّرِيكَ فِي قَبْضِهِ لَكَ وَنَقْلُهُ . فَإِنْ أَبَى ، نَصَّبَ الْحَاكِمُ مَنْ يَكُونُ فِي يَدِهِ لهُمَا ، فَيَنْقُلُهُ ، لِيَحْصَلَ الْقَبْضُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى الشَّرِيكَ فِي ذَلِكَ وَيَتِمُّ بِهِ عَقْدُ شَرِيكِهِ .

فصل : وَتَصِيحُ هَبَةِ الْمُشَاعِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ^(١٢) . قَالَ الشَّافِعِيُّ^(١٣) : وَسَوَاءٌ^(١٤) فِي ذَلِكَ مَا أُمِّكَنْ قِسْمَتُهُ ؛ أَوْ لَمْ يُمِّكَنْ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا تَصِيحُ هَبَةُ الْمُشَاعِ الَّذِي يُمِّكَنْ قِسْمَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ شَرْطُ فِي الْهَبَةِ ، وَوُجُوبُ الْقِسْمَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ وَتَمَامَهُ . فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُمِّكَنْ قِسْمَتُهُ ، صَحَّتْ هَبَتُهُ ؛ لِإِعْدَمِ ذَلِكَ فِيهِ . وَإِنْ وَهَبَ وَاحِدًا اثْنَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يَنْقَسِمُ ، لَمْ يَجْزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَجَازَ عِنْدَ صَاحِبَيْهِ . وَإِنْ وَهَبَ اثْنَانِ اثْنَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يَنْقَسِمُ ، لَمْ يَصِحَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِمْ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتْهَبِينَ قَدْ وَهَبَ لَهُ جُزْءُ مُشَاعٍ . وَلَنَا ، أَنَّ وَقَدْ هَوَازَنَ لِمَا جَاؤُوا يَطْلُبُونَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِمْ مَا غَنِمَهُ^(١٥) مِنْهُمْ ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَا كَانَ لِي وَلِإِنِّي عَبْدُ الْمُطَّلَبِ ، فَهُوَ لَكُمْ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ^(١٥) . وَهَذَا هَبَةٌ

(١٢ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) سقطت الواو من : م .

(١٤) في الأصل : « غنموا » .

(١٥) في : باب إذا وهب شيئا لوكيل ... ، من كتاب الوكالة ، وفي : باب من ملك من العرب رقيقا ... ، من كتاب العتق ، وفي : باب من رأى الهبة الغاية جائزة ، من كتاب الهبة ، وفي : باب من الدليل على أن الخمس لنواب المسلمين ... ، من كتاب الخمس ، وفي : باب قول الله تعالى ﴿ وَيَوْمَ حِينٍ إِذْ أُعْجِبْتُمْ كَثْرَتَكُمْ ﴾ ... ، من كتاب المغازي . صحيح البخاري ١٣٠/٣ ، ١٣١ ، ١٩٣ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٤٠٨/٤ ، ٩٥/٥ .

وليس فيه لفظ : « ما كان لي وليني عبد المطلب فهو لكم » .

مُشَاعٌ^(١٦) . وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : سَمِعْتُ النَّبِيَّ ﷺ ، وَقَدْ جَاءَهُ رَجُلٌ وَمَعَهُ كُبَّةٌ^(١٧) مِنْ شَعِيرٍ / ، فَقَالَ : أَخَذْتُ هَذِهِ مِنَ الْمَغْنَمِ لِأَصْلِحَ بَرْدَعَةَ لِي . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَا كَانَ لِي وَلِيِّي عَبْدُ الْمُطَّلِبِ فَهُوَ لَكَ »^(١٨) . وَرَوَى عُمَيْرُ^(١٩) بْنُ سَلَمَةَ الضَّمَرِيُّ ، قَالَ : قَالَ خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، حَتَّى أَتَيْنَا الرُّوحَاءَ ، فَرَأَيْنَا حِمَارًا وَخَشَرًا مَغْفُورًا ، فَأَرَدْنَا أَخْذَهُ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « دَعُوهُ ، فَإِنَّهُ يُوشِكُ أَنْ يَجِيءَ صَاحِبُهُ » . فَجَاءَ رَجُلٌ مِنْ بَهْرٍ ، وَهُوَ الَّذِي عَقَرَهُ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ : شَأْنُكُمْ الْحِمَارَ . فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَبَا بَكْرٍ أَنْ يَقْسِمَهُ بَيْنَ النَّاسِ . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَالتَّسَائِيُّ^(٢٠) . وَلَأَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَجَازَتْ هِبَتُهُ ، كَالَّذِي لَا يَنْقَسِمُ ، وَلَأَنَّهُ مُشَاعٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَا يَنْقَسِمُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ وُجُوبَ الْقِسْمَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يَمْنَعْ صِحَّتَهُ فِي الْبَيْعِ ، فَكَذَا هُنَا . وَمَتَى كَانَتِ الْهِبَةُ لِأَتَيْنِ ، فَقَبْضَاهُ بِإِذْنِهِ ، ثَبَتَ مِلْكُهُمَا فِيهِ ، وَإِنْ قَبَضَهُ أَحَدُهُمَا ، ثَبَتَ الْمِلْكُ فِي نَصِيْبِهِ دُونَ نَصِيْبِ صَاحِبِهِ .

فصل : ومتى قلنا : إِنَّ الْقَبْضَ شَرْطُ فِي الْهِبَةِ . لَمْ تَصِحَّ الْهِبَةُ فِيمَا لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ . كَالْعَبْدِ الْآبِقِ ، وَالْجَمَلِ الشَّارِدِ ، وَالْمَعْصُوبِ لِغَيْرِ غَاصِبِهِ مِمَّنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ مِنْ غَاصِبِهِ . وَبِهَذَا يَقُولُ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَقْتَضِي الْقَبْضَ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي ذَلِكَ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ وَهَبَ الْمَعْصُوبُ لِغَاصِبِهِ ، أَوْ لَمْ يَتِمَّ كُنْ مِنْ أَخْذِهِ مِنْهُ ،

= ولكن أخرجه : التَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ هِبَةِ الْمَشَاعِ ، مِنْ كِتَابِ الْهِبَةِ . الْمُجْتَبَى ٦/ ٢٢٠ ، ٢٢١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢/ ١٨٤ ، ٢١٨ .

(١٦) فِي م : « الْمَشَاعُ » .

(١٧) الْكِبَةُ مِنَ الشَّعْرِ : الْخِصْلَةُ الْمُجْتَمِعَةُ مِنْهُ .

(١٨) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي فِدَاءِ الْأَسِيرِ بِالْمَالِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢/ ٥٧ ، ٥٨ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢/ ١٨٤ .

(١٩) فِي النَّسَخِ : « عَمْرُو » ، وَالتَّصْوِيبُ مِنْ : الْمُجْتَبَى ، وَالْمُسْنَدُ .

(٢٠) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ إِبَاحَةِ أَكْلِ لَحْمِ حِمَارٍ الْوَحْشِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّيْدِ . الْمُجْتَبَى ٧/ ١٨١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣/ ٤١٨ .

صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مُمَكِّنٌ^(٢١) قَبْضُهُ ، وَلَيْسَ لَغَيْرِ الْغَاصِبِ الْقَبْضُ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَاحِبِ . فَإِنْ وَكَّلَ الْمَالِكُ الْغَاصِبَ فِي تَقْبِيزِهِ ، صَحَّ . وَإِنْ وَكَّلَ الْمُتَّهَبُ الْغَاصِبَ فِي الْقَبْضِ لَهُ ، فَقَبِلَ ، وَمَضَى زَمَنٌ يُمَكِّنُ قَبْضَهُ فِيهِ ، صَارَ مَقْبُوضًا ، وَمَلَكَهُ الْمُتَّهَبُ ، وَبَرَى الْغَاصِبُ مِنْ ضَمَانِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْقَبْضُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْهَبَةِ . فَمَا لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ مِنْ ذَلِكَ اخْتِمَلُ أَنْ لَا يُعْتَبَرَ فِي^(٢٢) صِحَّةِ هَبَتِهِ^(٢٢) الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكَ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، أَشْبَهَ الْوَصِيَّةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ هَبَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، فَلَمْ تَصِحَّ هَبَتُهُ ، كَالْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ . وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ فِي هَبَةِ الطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ ، وَالسَّمَكِ فِي الْمَاءِ ، إِذَا كَانَ مَمْلُوكًا .

فصل : وَلَا تَصِحُّ هَبَةُ الْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ ، وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ مَعْجُوزٌ عَنْ تَسْلِيمِهِ . وَفِي الصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ بَيْعِهِ . وَمَتَى أَذِنَ لَهُ فِي جَزِّ الصُّوفِ ، وَحَلَبِ الشَّاةِ ، كَانَ إِبَاحَةً وَإِنْ وَهَبَ دُهْنَ سِمْنِسِمِهِ قَبْلَ عَصْرِهِ ، أَوْ زَيْتَ زَيْتُونِهِ ، أَوْ جَفْتَهُ ، لَمْ يَصِحَّ . وَبِهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، / وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا تَعْلَمُ لَهُمْ مُخَالَفًا . وَلَا تَصِحُّ هَبَةُ الْمَعْدُومِ ، كَالَّذِي تُثْمِرُ شَجَرَتُهُ ، أَوْ تُحْمِلُ أُمْتُهُ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ عَقْدُ تَمْلِيكَ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَمْ تَصِحَّ فِي هَذَا كُلَّهُ ، كَالْبَيْعِ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، وَخَرَّبَ : لَا تَصِحُّ هَبَةُ الْمَجْهُولِ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ خَرَّبَ : إِذَا قَالَ : شَاةٌ مِنْ غَنَمِي . يَعْنِي^(٢٣) : وَهَبْتُهَا لَكَ . لَمْ يَجْزُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْجَهْلَ إِذَا كَانَ فِي حَقِّ الْوَاحِبِ ، مَنَعَ الصَّحَّةَ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّرَ فِي حَقِّهِ . وَإِنْ كَانَ مِنَ الْمُؤْهَبِ لَهُ ، لَمْ يَمْنَعْهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا^(٢٤) غَرَّرَ فِي حَقِّهِ ، فَلَمْ يُعْتَبَرَ فِي

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « يُمَكِّنُ » .

(٢٢) (٢٢ - ٢٢) فِي م : « صَحَّتْ » .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : م .

حَقَّه الْعِلْمُ بِمَا يُوهَبُ^(٢٥) لَهُ ، كَالْمَوْصَى لَهُ . وَقَالَ مَالِكٌ : تَصِحُّ هِبَةُ الْمَجْهُولِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ ، فَصَحَّ فِي الْمَجْهُولِ ، كَالنَّذْرِ وَالْوَصِيَّةِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكَ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي الْمَجْهُولِ ، كَالْبَيْعِ ، بِخِلَافِ^(٢٦) النَّذْرِ وَالْوَصِيَّةِ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُ الْهِبَةِ بِشَرْطٍ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِيكَ لِمُعَيَّنٍ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَمْ يَجْزِ تَعْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطٍ ، كَالْبَيْعِ . فَإِنْ عُلِقَتْ عَلَى شَرْطٍ ، كَقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لَأُمِّ سَلَمَةَ : « إِنْ رَجَعْتُ هَدَيْتُنَا إِلَى النَّجَاشِيِّ فَهِيَ لَكَ »^(٢٧) . كَانَ وَغَدًا . وَإِنْ شَرَطَ فِي الْهِبَةِ شَرْطًا ثَنَانِيًّا مُقْتَضَاها ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : وَهَبْتُكَ هَذَا ، بِشَرْطِ أَنْ لَا تَهَبَهُ ، أَوْ لَا تَبِيعَهُ ، أَوْ بِشَرْطِ أَنْ تَهَبَهُ أَوْ تَبِيعَهُ ، أَوْ بِشَرْطِ أَنْ تَهَبَ فَلَنَا شَيْئًا . لَمْ تَصِحَّ الشَّرْطُ ، وَفِي صِحَّةِ الْهِبَةِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ وَقَّتْ الْهِبَةَ ، فَقَالَ : وَهَبْتُكَ هَذَا سَنَةً ، ثُمَّ يَعُودُ إِلَيَّ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكَ لِعَيْنٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ مُوقَّتًا ، كَالْبَيْعِ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ أُمَّةً ، وَاسْتَنْتَى مَا فِي بَطْنِهَا ، صَحَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ أَعْتَقَ أُمَّةً وَاسْتَنْتَى مَا فِي بَطْنِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِالْأُمَّةِ دُونَ مَا فِي بَطْنِهَا ، فَأَشْبَهَ الْعِتْقَ . وَبِهِ يَقُولُ فِي الْعِتْقِ النَّحْوِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : تَصِحُّ الْهِبَةُ ، وَيُطْلَلُ الْاسْتِثْنَاءُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَهَبِ الْوَلَدَ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْمَوْهُوبُ لَهُ ، كَالْمُنْفَصِلِ ، وَكَالْمَوْصَى بِهِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ لَهُ فِي ذِمَّةِ إِنْسَانٍ دَيْنٌ ، فَوَهَبَهُ لَهُ ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْهُ ، أَوْ أَحْلَاهُ مِنْهُ ، صَحَّ ، وَبَرِئَتْ ذِمَّةُ الْغَرِيمِ مِنْهُ ، وَإِنْ رَدَّ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَقْبَلْهُ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الْقَبُولِ ، كَالِإِسْقَاطِ الْقَصَاصِ وَالشُّفْعَةِ وَحَدِّ الْقَذْفِ ، وَكَالْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ . وَإِنْ قَالَ :

(٢٥) فِي م : « يَوْجِب » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ : « وَفَارَقَ » .

(٢٧) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٤٣ .

تَصَدَّقْتُ بِهِ عَلَيْكَ . صَحَّ ، فَإِنَّ الْقُرْآنَ وَرَدَّ فِي الْإِبْرَاءِ بِلَفْظِ الصَّدَقَةِ ، بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا ﴾ ^(٢٨) . وَإِنْ قَالَ : عَفَوْتُ لَكَ عَنْهُ . ١٦٩/٥ ط
صَحَّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ إِلَّا أَنْ يَغْفِرُوا أَوْ يَغْفِرَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ ^(٢٩) .
يَعْنِي بِهِ الْإِبْرَاءَ مِنَ الصَّدَاقِ . وَإِنْ قَالَ : أَسْقَطْتُهُ عَنْكَ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِحَقِيقَةِ اللَّفْظِ
الْمَوْضُوعِ لَهُ . وَإِنْ قَالَ : مَلَكَتْكَ إِيَّاهُ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ هَبْتِهِ إِيَّاهُ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ الدَّيْنِ لغير مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ ، أَوْ بَاعَهُ إِيَّاهُ ، لَمْ يَصِحَّ . وَبِهِ قَالَ
فِي الْبَيْعِ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَاسْحَاقُ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا كَانَ لَكَ عَلَى رَجُلٍ طَعَامٌ
قَرْضًا ، فَبِعْتَهُ مِنَ الَّذِي هُوَ عَلَيْهِ بِتَقْدِيرٍ ، وَلَا تَبِعَهُ مِنْ غَيْرِهِ بِتَقْدِيرٍ وَلَا تَسِيْعَةٍ ، وَإِذَا أَقْرَضْتَ
رَجُلًا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، فَلَا تَأْخُذْ مِنْ غَيْرِهِ غَرْضًا بِمَا لَكَ عَلَيْهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ
كَانَ الدَّيْنُ عَلَى مُعْسِرٍ ، أَوْ مُمَاطِلٍ ، أَوْ جَاحِدٍ لَهُ ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ مَعْجُوزٌ عَنْ
تَسْلِيمِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى مَلِيٍّ بِإِذِلِّهِ ، فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ ابْتِنَاءٌ بِمَا لَ
ثَابِتٍ فِي الذِّمَّةِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ ، وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِعَيْنٍ ، أَوْ يَتَقَابَضَانِ
فِي الْمَجْلِسِ ، لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ بَيْعٌ دَيْنٍ بِدَيْنٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ،
كَبَيْعِ الْآيِقِ . فَأَمَّا هَبْتُهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ ، كَالْبَيْعِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ
لَا غَرَرَ فِيهَا عَلَى الْمُتَهَبِ ، وَلَا الْوَاهِبِ ، فَتَصِحُّ ^(٣٠) ، كَهَبَةِ الْأَعْيَانِ ^(٣١) .

فصل (٣٢) : تَصِحُّ الْبَرَاءَةُ مِنَ الْمَجْهُولِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا سَبِيلٌ إِلَى مَعْرِفَتِهِ . وَقَالَ
أَبُو حَنِيفَةَ : تَصِحُّ مُطْلَقًا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَصِحُّ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَرَادَ ذَلِكَ قَالَ : أَبْرَأْتُكَ
مِنْ دِرْهِمٍ إِلَى أَلْفٍ . لِأَنَّ الْجَهَالََةَ إِنَّمَا مَنِعَتْ لِأَجْلِ الْغَرَرِ ، فَإِذَا رَضِيَ بِالْجُمْلَةِ ، فَقَدْ
زَالَ الْغَرَرُ ، وَصَحَّتِ الْبَرَاءَةُ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِرَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَيْهِ فِي مَوَارِيثَ

(٢٨) سورة النساء ٩٢ .

(٢٩) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٣٠) في الأصل : « فصح » .

(٣١) في الأصل : « الأثمان » .

(٣٢) هذا الفصل كله سقط من : الأصل .

دَرَسَتْ : « اَقْسِمَا ، وَتَوَخَّيَا الْحَقَّ ، ثُمَّ اسْتِهِمَا ، ثُمَّ تَحَالَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٣٣) .
ولأنَّه إسقاطٌ ، فصَحَّ في المَجْهُولِ ، كَالْعَتَاقِ وَالطَّلَاقِ ، وكَالوَقال : من دَرَهَمٍ إلى
أَلْفٍ . ولأنَّ الحَاجَةَ دَاعِيَةً إلى تَبَرُّيَةِ الذِّمَّةِ ، ولا سَبِيلَ إلى العِلْمِ بِمَافِيهَا ، فَلَوَقَفَ صِحَّةَ
الْبَرَاءَةِ عَلَى العِلْمِ ، لَكَانَ سَدًّا لِبابِ عَفْوِ الْإِنْسَانِ عَنْ أَخِيهِ المُسْلِمِ ، وَتَبَرُّيَةِ ذِمَّتِهِ ،
فَلَمْ يَجْزُ ذَلِكَ ، كَالْمَنْعِ مِنَ الْعِتْقِ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ يَعْلَمُهُ ، وَيَكْتُمُهُ
المُسْتَحِقُّ ، خَوْفًا مِنْ أَنَّهُ إِذَا عِلِمَهُ لَمْ يَسْمَحْ بِإِبْرَائِهِ مِنْهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا تَصِحَّ الْبَرَاءَةُ فِيهِ ؛
لأنَّ فِيهِ تَغْرِيرًا بِالْمُسْتَرِي ، وَقَدْ أُمِّكِنَ التَّحَرُّزُ مِنْهُ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ مَائَةِ
وَهُوَ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ ، وَكَانَ لَهُ عَلَيْهِ مَائَةٌ ، فَفِي صِحَّةِ الْبَرَاءَةِ وَجْهَانِ ؛
أَحَدُهُمَا ، صِحَّتُهَا ؛ لِأَنَّهَا صَادَقَتْ مِلْكَهُ ، فَاسْقَطَتْهُ ، كَمَا لَوْ عِلِمَهَا . وَالثَّانِي ، لَا
تَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ أَبْرَأَهُ مِمَّا لَا يَعْتَقِدُ أَنَّهُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِبْرَاءً فِي الْحَقِيقَةِ . وَأَصْلُ
الْوَجْهَيْنِ مَا لَوْ بَاعَ مَالًا كَانَ لِمَوْرُوثِهِ ، يَعْتَقِدُ أَنَّهُ بَاقٍ لِمَوْرُوثِهِ ، وَكَانَ مَوْرُوثُهُ قَدِمَاتٍ ،
وَاتَّقَلَ مِلْكُهُ إِلَيْهِ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ فِي الْبَيْعِ ، وَفِي صِحَّةِ
الإِبْرَاءِ وَجْهَانِ .

٩٣٣ - مسألة ؛ قال : (وَيَقْبِضُ لِلطِّفْلِ أَبُوهُ ، أَوْ وَصِيُّهُ بَعْدَهُ ^(١)) ، أَوْ الْحَاكِمُ ،
أَوْ أَمِينُهُ بِأَمْرِهِ)

وجملة ذلك أَنَّ الطِّفْلَ لَا يَصِحُّ قَبْضُهُ لِنَفْسِهِ ، وَلَا قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ
التَّصَرُّفِ ، وَوَلِيُّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ ؛ فَإِنْ كَانَ لَهُ أَبٌ أَمِينٌ فَهُوَ وَلِيُّهُ ؛ لِأَنَّهُ أَشْفَقُ عَلَيْهِ ،
وَأَقْرَبُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ مَاتَ أَبُوهُ الْأَمِينُ ، وَلَهُ وَصِيٌّ ، فَوَلِيُّهُ وَصِيُّهُ ؛ لِأَنَّ الْأَبَ أَقَامَهُ مُقَامَ
نَفْسِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى وَكِيلِهِ . وَإِنْ كَانَ الْأَبُ غَيْرَ مَأْمُونٍ ، لِفَسْقٍ أَوْ جُنُونٍ ، أَوْ مَاتَ
عَنْ غَيْرِ وَصِيٍّ ، فَأَمِينُهُ الْحَاكِمُ ، وَلَا يَلِي مَالَهُ غَيْرُهُ هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ ، وَأَمِينُ الْحَاكِمِ يَقُومُ

(٣٣) تقدم تخريجه في : ٢٦٥/٦ .

(١) سقط من : م .

مَقَامَهُ ، وَكَذَلِكَ وَكَيْلُ الْأَبِ وَالْوَصِيُّ ، فَيَقُومُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَقَامَ الصَّبِيِّ فِي الْقَبُولِ وَالْقَبْضِ إِنْ اخْتِيجَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَبُولٌ لِمَا لِلصَّبِيِّ فِيهِ حَظٌّ ، فَكَانَ إِلَى الْوَلِيِّ ، كَالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ . وَلَا يَصِحُّ الْقَبْضُ وَالْقَبُولُ مِنْ غَيْرِ هَؤُلَاءِ . (٢) فَإِنَّ أَحْمَدَ قَالَ (٣) ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ ، فِي صَبِيِّ وَهَبَتْ لَهُ هَبَةٌ ، أَوْ تُصَدَّقُ عَلَيْهِ بِصَدَقَةٍ ، فَقَبِضَتْ الْأُمُّ ذَلِكَ وَأَبُوهُ حَاضِرٌ ، فَقَالَ : لَا أَعْرِفُ لِلْأُمِّ قَبْضًا ، وَلَا يَكُونُ إِلَّا لِلْأَبِ . وَقَالَ عُثْمَانُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَحَقُّ مِنْ يَحْزُرُ (٤) عَلَى الصَّبِيِّ أَبُوهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ الْمُتَهَبِ أَوْ / نَائِيهِ ، وَالْوَالِي (٥) نَائِبٌ بِالشَّرْعِ ، ١٧٠/٥ وَفَصَحَّ قَبْضُهُ لَهُ ، أَمَّا غَيْرُهُ فَلَا نِيَابَةَ لَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ الْقَبْضُ وَالْقَبُولُ مِنْ غَيْرِهِمْ عِنْدَ غَدَمِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّ الصَّبِيَّ قَدْ يَكُونُ فِي مَكَانٍ لَا حَاكِمَ فِيهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَبٌ وَلَا وَصِيٌّ ، وَيَكُونُ فَقِيرًا لَا غِنَى بِهِ عَنِ الصَّدَقَاتِ ، فَإِنْ لَمْ يَصِحَّ قَبْضُ غَيْرِهِمْ لَهُ ، انْسَدَّ بَابُ وُصُولِهَا إِلَيْهِ ، فَيَضِيعُ وَيَهْلِكُ ، وَمُرَاعَاةُ حِفْظِهِ عَنِ الْهَلَاكِ أَوْلَى مِنْ مُرَاعَاةِ الْوِلَايَةِ . فَعَلِيَ هَذَا ، لِلْأُمِّ الْقَبْضُ لَهُ ، وَكُلُّ مَنْ يَلِيهِ مِنْ أَقَارِبِهِ وَغَيْرِهِمْ . وَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مُمَيَّزًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الطِّفْلِ ، فِي قِيَامِ وَلِيِّهِ مَقَامَهُ ، لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لَا تَزُولُ عَنْهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ ، إِلَّا أَنَّهُ (٥) إِذَا قَبِلَ لِنَفْسِهِ ، وَقَبِضَ لَهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ ، فَهَهُنَا أَوْلَى . وَلَا يَخْتَلِجُ إِلَى إِذْنِ الْوَلِيِّ هَهُنَا ؛ لِأَنَّهُ مَحْضُ مَصْلَحَةٍ ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ ، فَصَحَّ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ ، كَوَصِيَّتِهِ ، وَكَسْبِ الْمُبَاحَاتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقِفَ صِحَّةُ الْقَبْضِ مِنْهُ عَلَى إِذْنِ وَلِيِّهِ دُونَ الْقَبُولِ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ يَحْصُلُ بِهِ مُسْتَوَلِيًّا عَلَى الْمَالِ ، فَلَا يُؤْمَنُ تَضْيِيعُهُ لَهُ وَتَفْرِيطُهُ فِيهِ ، فَيَتَعَيَّنُ حِفْظُهُ عَنْ ذَلِكَ بِوَقْفِهِ عَلَى إِذْنِ وَلِيِّهِ ، كَقَبْضِهِ لِوَدِيعَتِهِ . وَأَمَّا الْقَبُولُ ، فَيَحْصُلُ لَهُ بِهِ الْمِلْكُ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، فَجَازَ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ ، كَاخْتِشَاشِهِ وَاصْطِلَاحِهِ .

(٢ - ٢) ق م : « قَالَ أَحْمَد » .

(٣) فِي النسخ : « يَجُوز » .

(٤) ق م : « وَالْوَلِي » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

فصل: فَإِنْ وَهَبَ الْأَبُ لِابْنِهِ شَيْئًا ، قَامَ مَقَامَهُ فِي الْقَبْضِ وَالْقَبُولِ ، إِنْ اخْتِيجَ إِلَيْهِ .
قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ تَحَفَّظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا وَهَبَ لَوَلَدِهِ
الطِّفْلَ دَارًا بَعَيْنَهَا ، أَوْ عَبْدًا بَعَيْنَهُ ، وَقَبَضَهُ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ ، أَنَّ الْهَبَةَ تَامَةٌ .
هذا قول مالِكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، والشافِعِيِّ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وَرَوَيْنَا مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ
شُرَيْحٍ ، وعمر بن عبد العزيز . ثمَّ إِنْ كَانَ الْمَوْهُوبُ مَا يَفْتَقِرُ إِلَى قَبْضٍ ، اكْتَفَى بِقَوْلِهِ :
قَدْ وَهَبْتُ هَذَا لِابْنِي ، وَقَبَضْتُهُ لَهُ . لِأَنَّهُ يُغْنِي عَنِ الْقَبُولِ كَمَا ذَكَرْنَا . وَلَا يُغْنِي قَوْلُهُ :
قَدْ قَبِلْتُهُ . لِأَنَّ الْقَبُولَ لَا يُغْنِي عَنِ الْقَبْضِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَفْتَقِرُ اكْتَفَى بِقَوْلِهِ : قَدْ
وَهَبْتُ هَذَا لِابْنِي . وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ قَبْضٍ وَلَا قَبُولٍ . قال ابنُ عبد البرِّ : أَجْمَعَ
الْفُقَهَاءُ عَلَى أَنَّ هَبَةَ الْأَبِ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ فِي حِجْرِهِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى قَبْضٍ ، وَأَنَّ الْإِشْهَادَ فِيهَا
يُغْنِي عَنِ الْقَبْضِ ، وَإِنْ وَلَّيَهَا أَبُوهُ ؛ لِمَا رَوَاهُ مَالِكٌ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن ابنِ الْمُسَيَّبِ ،
أَنَّ عَثْمَانَ قَالَ : مَنْ تَحَلَّى وَلَدًا لَهُ صَغِيرًا ، لَمْ يَتَلَعْ أَنْ يَحُوزَ نَحْلَةً ، فَأَعْلَنَ ذَلِكَ ، / وَأَشْهَدَ
عَلَى نَفْسِهِ ، فَهِيَ جَائِزَةٌ ، وَإِنْ وَلَّيَهَا أَبُوهُ . وقال القاضي : لَا بَدَّ فِي هَبَةِ الْوَلَدِ مِنْ أَنْ
يَقُولَ : قَدْ ^(٦) قَبِلْتُهُ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ عَنْدهُمْ لَا تَصِحُّ إِلَّا بِإِجَابِ
وَقَبُولٍ . وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ أَنَّ قَرَأْنَ الْأَحْوَالَ وَذَلَّالَتَهَا تُغْنِي عَنِ لَفْظِ الْقَبُولِ ، وَلَا أَدَلَّ
عَلَى الْقَبُولِ مِنْ كَوْنِ الْقَابِلِ هُوَ الْوَاهِبُ ، فَاعْتِبَارُ لَفْظِ لَا يُفِيدُ مَعْنَى مِنْ غَيْرِ وُرُودِ الشَّرْعِ
بِهِ تَحَكُّمٌ لَا مَعْنَى لَهُ ، مَعَ مُحَالَفَتِهِ لظَاهِرِ حَالِ النَّبِيِّ ﷺ وَصَحَابَتِهِ . وَلَيْسَ هَذَا مَذْهَبًا
لْأَحْمَدَ ، فَقَدْ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، فِي رَجُلٍ أَشْهَدَ بِسَهْمٍ مِنْ ضَيْعَتِهِ وَهِيَ مَعْرُوفَةٌ
لِابْنِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ وَلَدٌ غَيْرُهُ ، فَقَالَ : أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَقُولَ عِنْدَ الْإِشْهَادِ : قَدْ قَبَضْتُهُ ^(٧) لَهُ .
قِيلَ لَهُ : فَإِنْ سَهَا ؟ قَالَ : إِذَا كَانَ مُفْرَزًا رَجَوْتُ . فَقَدْ ذَكَرَ أَحْمَدُ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِقَوْلِهِ :
قَدْ قَبَضْتُهُ ^(٨) . وَأَنَّهُ يَرْجُو أَنْ يُكْتَفَى مَعَ التَّمْيِيزِ بِالْإِشْهَادِ فَحَسَبَ . وَهَذَا مُوَافِقٌ
لِلْإِجْمَاعِ الْمَذْكُورِ عَنْ سَائِرِ الْعُلَمَاءِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : يُكْتَفَى بِأَحَدِ لَفْظَيْنِ ،
إِمَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ قَبِلْتُهُ ، أَوْ قَبَضْتُهُ . لِأَنَّ الْقَبُولَ يُغْنِي عَنِ الْقَبْضِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ

١٧٠/٥ ط

(٦ - ٦) سقط من : الأصل .

ما ذَكَّرناه . ولا فَرَقَ بين الأَثْمَانِ وَغَيْرِهَا فيما ذَكَّرنا ، وبه يقول أبو حنيفة ،
والشافعي . وقال مالك : إن وَهَبَ لَهُ ما يُعَرِّفُ بَعِيْنَهُ كالأَثْمَانِ ، لم يَجُزْ ، إلَّا أَنْ يَضَعَهَا
على يَدِ غَيْرِهِ ؛ لأنَّ الأبَّ قد يَتَلَفُ ذلك ، وَيَتَلَفُ غَيْرَ سَبَبِهِ ، ولا يُمَكِّنُ أَنْ يُشْهَدَ على
شَيْءٍ بَعِيْنَهُ ، فلا يَنْفَعُ الْقَبْضُ شَيْئًا . ولنا ، أَنَّ ذلك مِمَّا لا تَصِحُّ هَبَّتُهُ ، فإذا وَهَبَهُ لِابْنِهِ
الصَّغِيرِ ، وَقَبَضَهُ لَهُ ، وَجَبَ أَنْ تَصِحَّ ، كالعُرُوضِ .

فصل (٧) : وإن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه ، فقال أصحابنا : لا بدُّ
من أن يُوكَّلَ مَنْ يَقْبَلُ للصبيِّ ، وَيَقْبِضُ لَهُ ، ليكون الإيجاب منه ، والقبول ، والقبض
من غيره ، كما في البيع . بخلاف الأب ؛ ^(٨) فإنه يجوز أن يُوجِبَ وَيَقْبَلَ وَيَقْبِضَ ،
لكونه يجوز أن يبيع لنفسه . والصحيح عندى أن الأب ^(٩) وغيره في هذا سواء ؛ لأنه
عَقْدٌ يجوز أن يصدَّرَ منه ومن وكيله ، فجاز له أن يتولَّى طرفيه ، كالأب . وفارق البيع ؛
فإنه لا يجوز أن يُوكَّلَ مَنْ يَشْتَرِي لَهُ ، ولأنَّ البيعَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ وَمُرَابِحَةٌ ، فَيَتَّهَمُ في
عَقْدِهِ لِنَفْسِهِ ، والهبة مُحْضٌ مَصْلَحَةٌ لا تُهْمَةٌ فيها ، وهو وليٌّ فيه ^(١٠) ، فجاز أن يتولَّى
طرفي ^(١١) العَقْدِ ، كالأب ، ولأنَّ البيعَ إِنَّمَا مُنِعَ منه لما يَأْخُذُهُ من العَوَضِ لِنَفْسِهِ من
مالِ الصبيِّ ، وهو ههنا يُعْطَى ولا يَأْخُذُ ، فلا وَجْهَ لِمَنْعِهِ من ذلك ، وتوقيفه / على
توكيل غيره ، ولأننا قد ذَكَّرنا أَنَّهُ يُسْتَعْنَى بالإيجاب والإشهاد عن ^(١٢) القبض
والقبول ، فلا حاجة إلى التوكيل فيهما مع غناه عنهما .

فصل : فأما الهبة من الصبي لغيره ، فلا تصحُّ ، سواء أذن فيها الوليُّ أو لم يَأْذَنْ ؛
لأنَّه مُحْجُورٌ عَلَيْهِ لِحَظِّ ^(١٣) نفسه ، فلم يَصِحَّ تَبَرُّعُهُ ، كالسَّفِيهِ . وأمَّا العبدُ فلا يجوزُ

(٧) في الأصل زيادة : « قال » .

(٨ - ٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في م : « طرق » .

(١١) في م : « إلى » .

(١٢) في م : « لحفظ » .

أَنْ يَهَبَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالُ لِسَيِّدِهِ ، وَمَالُهُ مَالُ لِسَيِّدِهِ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ إِزَالَةُ مِلْكِ سَيِّدِهِ عَنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَ الْهَبَةَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلٌ لِلْمَالِ لِسَيِّدِهِ^(١٣) ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ إِذْنُهُ فِيهِ ، كَالْإِلْتِقَاطِ^(١٤) ، وَمَا وَهَبَهُ لِسَيِّدِهِ ، لِأَنَّهُ مِنْ اكْتِسَابِهِ ، فَأَشْبَهَ اصْطِيَادَهُ .

٩٣٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا فَاضَلَ بَيْنَ وَلَدِهِ فِي الْعَطِيَّةِ ، أَمِيرَ بَرَدِهِ ، كَأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ)

وجملة ذلك أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْإِنْسَانِ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ أَوْلَادِهِ فِي الْعَطِيَّةِ ، إِذَا لَمْ يَخْتَصَّ أَحَدُهُمْ بِمَعْنَى يُبِيحُ^(١) التَّفْضِيلَ ، فَإِنْ خَصَّ بَعْضَهُمْ بِعَطِيَّتِهِ ، أَوْ فَاضَلَ بَيْنَهُمْ فِيهَا ، أَيْمٌ ، وَوَجَبَتْ عَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ ؛ إِمَّا رَدُّ مَا فَضَّلَ بِهِ الْبَعْضَ ، وَإِمَّا إِتْمَامُ نَصِيبِ الْآخَرِ . قَالَ طَاوُسٌ : لَا يَجُوزُ ذَلِكَ ، وَلَا رَغِيفٌ مُخْتَرَقٌ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمُبَارَكِ . وَرَوَى مَعْنَاهُ عَنْ مُجَاهِدٍ ، وَعُرْوَةَ . وَكَانَ الْحَسَنُ يُكْرَهُهُ ، وَيُجِيزُهُ فِي الْقَضَاءِ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : ذَلِكَ جَائِزٌ . وَرَوَى مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ شُرَيْحٍ ، وَجَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ؛ لِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، نَحَلَ عَائِشَةَ ابْنَتَهُ جُذَاذَ عَشْرِينَ وَسَقًا ، دُونَ سَائِرِ وَلَدِهِ^(٢) . وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ ، فِي حَدِيثِ الثُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ : « أَشْهَدُ عَلَى هَذَا غَيْرِي »^(٣) . فَأَمَرَهُ

(١٣) في م : « للسيد » .

(١٤) في م : « كالألفاظ » . ولعل ما أثبتناه هو القراءة الصحيحة لما في الأصل .

(١) في الأصل : « ينتج » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠٦ .

(٣) أخرجه مسلم ، في : باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٢/٢ وابن ماجه ، في : باب الرجل ينحل ولده ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٥/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥١/٢ ، ٧٥٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٩/٤ ، ٢٧٠ .

بِتَأْكِيدِهَا دُونَ الرُّجُوعِ فِيهَا ، وَلِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ تُلْزَمُ بِمَوْتِ الْأَبِ ، فَكَانَتْ جَائِزَةً ، كَمَا لَوْ سَوَّى بَيْنَهُمْ . وَلَنَا ، مَا رَوَى التُّعْمَانُ بْنُ بَشِيرٍ قَالَ : تَصَدَّقَ عَلَى أَبِي بَيْغُضٍ مَالَهُ ، فَقَالَتْ أُمِّي عَمْرَةَ بِنْتُ رَوَاحَةَ : لَا أَرْضَى حَتَّى تُشْهِدَ عَلَيْهِا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ . فَجَاءَ أَبِي إِلَى (٤) رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، لِيُشْهِدَهُ عَلَى صَدَقَتِهِ ، فَقَالَ : « أَكُلْ وَلَدِكَ أَغْطَيْتَ مِثْلَهُ ؟ » قَالَ : لَا . قَالَ : « فَاتَّقُوا اللَّهَ ، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . قَالَ : فَرَجَعَ أَبِي ، فَرَدَّتْكَ الصَّدَقَةُ . وَفِي لَفْظٍ قَالَ : « فَارْزُدْهُ » . وَفِي لَفْظٍ قَالَ : « فَارْجِعْهُ » . (٥) وَفِي لَفْظٍ : « لَا تُشْهِدْنِي عَلَى جَوْرِ » . وَفِي لَفْظٍ : « فَاشْهِدْ عَلَى هَذَا غَيْرِي » (٥) . وَفِي لَفْظٍ : « سَوَّيْنَهُمْ » . وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٦) . وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى ١٧١/٥ ظ

التَّحْرِيمِ ، لِأَنَّهُ سَمَّاهُ جَوْرًا ، وَأَمَرَ بِرَدِّهِ ، وَامْتَنَعَ مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ ، وَالْجَوْرُ حَرَامٌ ، وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ ، وَلِأَنَّ تَفْضِيلَ (٧) بَعْضِهِمْ يُورِثُ بَيْنَهُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ وَقَطِيعَةَ الرَّحِمِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كَتَرْوِيجِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا . وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ لَا يُعَارِضُ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلَا يُحْتَجُّ بِهِ مَعَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، خَصَّهَا بِعَطِيَّتِهِ (٨) لِحَاجَتِهَا وَعَجْزِهَا عَنِ الْكَسْبِ وَالتَّسَبُّبِ فِيهِ ، مَعَ اخْتِصَاصِهَا بِفَضْلِهَا ، وَكَوْنِهَا أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ زَوْجَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ فَضَائِلِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَدْ نَحَلَهَا وَنَحَلَ غَيْرَهَا مِنْ وَلَدِهِ ، أَوْ نَحَلَهَا وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يَنْحَلَ غَيْرَهَا ، فَأَذْرَكَ الْمَوْتَ قَبْلَ ذَلِكَ . وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ حَدِيثِهِ عَلَى أَحَدِ هَذِهِ

(٤) سقط من : م .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب الإشهاد في الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٢٠٦/٣ ومسلم ، في :

باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٢/٣ - ١٢٤٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود

٢٦٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٨/٤ .

(٧) سقط من : م . وهو في الأصل : « في تفضيل » .

(٨) في الأصل : « بعطية » .

الْوَجُوه ؛ لِأَنَّ حَمْلَهُ عَلَى مِثْلِ مَحَلِّ التَّزَاوُعِ مِنْهُيٌّ عَنْهُ ، وَأَقْلُّ أَحْوَالِهِ الْكَرَاهَةُ ، وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ أَبِي بَكْرٍ اجْتِنَابُ الْمَكْرُوهَاتِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَأَشْهَدُ عَلَى هَذَا غَيْرِي » . لَيْسَ بِأَمْرٍ ؛ لِأَنَّ أَدْنَى أَحْوَالِ الْأَمْرِ الِاسْتِحْبَابُ وَالتَّذَبُّ ، وَلَا خِلَافٌ فِي كَرَاهَةِ هَذَا . وَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِتَأْكِيدِهِ ، مَعَ أَمْرِهِ بِرَدِّهِ ، وَتَسْمِيَّتِهِ إِيَّاهُ جَوْرًا ، وَحَمْلُ الْحَدِيثِ عَلَى هَذَا ، حَمْلٌ لِحَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ عَلَى التَّنَاقُضِ وَالتَّضَادِّ ، وَلَوْ أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِإِشْهَادِ غَيْرِهِ ، لَا مَثَلٌ ^(٩) بِشِيرِ أَمْرِهِ ، وَلَمْ يَرُدَّ ، وَإِنَّمَا هَذَا تَهْدِيدٌ لَهُ عَلَى هَذَا ، فَيُفِيدُ مَا أَفَادَهُ النَّهْيُ عَنْ إِتْمَامِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَإِنْ خَصَّ بَعْضُهُمْ لِمَعْنَى يَقْتَضِي تَخْصِيصَهُ ، مِثْلَ اخْتِصَاصِهِ بِحَاجَةٍ ، أَوْ زَمَانَةٍ ، أَوْ عَمَى ، أَوْ كَثَرَةِ عَائِلَةٍ ، أَوْ اشْتِعَالِهِ بِالْعِلْمِ أَوْ نُحُوهِ مِنَ الْفَضَائِلِ ، أَوْ صَرَفَ عَطِيَّتِهِ عَنْ بَعْضٍ وَلَدَهُ لِفُسْقِهِ ، أَوْ بَدْعَتِهِ ، أَوْ لَكُونِهِ يَسْتَعِينُ بِمَا يَأْخُذُهُ عَلَى مَعْصِيَةِ اللَّهِ ، أَوْ يُنْفِقُهُ فِيهَا ، فَقَدْ رَوَى عَنْ أَحَدٍ مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِهِ فِي تَخْصِيصِ بَعْضِهِمْ بِالْوَقْفِ : لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ ^(١٠) الْحَاجَةَ ، وَأَكْرَهُهُ إِذَا كَانَ ^(١١) عَلَى سَبِيلِ الْأَثَرِ . وَالْعَطِيَّةُ فِي مَعْنَاهُ . وَيَحْتَمِلُ ظَاهِرُ لَفْظِهِ الْمَنْعَ مِنَ التَّفْضِيلِ أَوْ التَّخْصِيصِ ^(١٢) عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لَكُونِ النَّبِيِّ ﷺ لَمْ يَسْتَفْصِلْ بِشِيرًا فِي عَطِيَّتِهِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ؛ لِحَدِيثِ أَبِي بَكْرٍ ، وَلِأَنَّ بَعْضَهُمْ اخْتَصَّ بِمَعْنَى يَقْتَضِي الْعَطِيَّةَ ، فَجَازَ أَنْ يَخْتَصَّ بِهَا ، كَمَا لَوِ اخْتَصَّ بِالْقَرَاةِ ^(١٣) . وَحَدِيثُ بَشِيرٍ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ لَا عُمُومَ لَهَا ، وَتَرَكُ النَّبِيُّ ﷺ الِاسْتِفْصَالَ / يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِعِلْمِهِ بِالْحَالِ . فَإِنْ قِيلَ : لَوْ عَلِمَ بِالْحَالِ لَمَا قَالَ : « أَلَّاكَ وَلَدٌ غَيْرُهُ ؟ » . قُلْنَا : يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ السُّؤَالُ هَهُنَا لِبَيَانِ الْعِلَّةِ ، كَمَا قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ لِلَّذِي سَأَلَهُ عَنْ يَبْعِ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ : « أَيْنُقْصُ الرُّطْبُ إِذَا يَبَسَ ؟ » قَالَ : نَعَمْ :

و ١٧٢/٥

(٩) فِي م : « امْتَل » .

(١٠ - ١١) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

(١١) فِي م : « وَالتَّخْصِيصُ » .

(١٢) فِي م : « الْقَرَاةُ » .

قال : « فَلَا إِذَا »^(١٣) . وقد عَلِمَ أَنَّ الرُّطَبَ يَنْقُصُ ، لكنَّ نَبْهَ السَّائِلِ بهذا على عِلَّةِ الْمَنَعِ مِنَ الْبَيْعِ ، كَذَا هُنَا .

فصل : وَلَا إِخْلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي اسْتِحْبَابِ التَّسْوِيَةِ ، وَكَرَاهَةِ التَّفْضِيلِ . قال إبراهيمُ : كانوا يَسْتَحِبُّونَ أَنْ يُسَوُّوا بَيْنَهُمْ حَتَّى فِي الْقَبْلِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَالتَّسْوِيَةُ الْمُسْتَحَبَّةُ أَنْ يُقَسَّمْ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ قِسْمَةِ اللَّهِ تَعَالَى الْمِيرَاثِ ، فَيُجْعَلَ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ . وبهذا قال عَطَاءٌ ، وَشُرَيْحٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . قال شُرَيْحٌ لِرَجُلٍ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ وَلَدِهِ : ارْزُدْهُمْ إِلَى سِهَامِ اللَّهِ تَعَالَى وَفَرَائِضِهِ . وقال عَطَاءٌ : مَا كانوا يُقَسِّمُونَ إِلَّا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى . وقال أبو حنيفة ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُبَارَكِ : تُعْطَى الْأُنثَى مِثْلَ مَا يُعْطَى الذَّكَرُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِبِشِيرِ بْنِ سَعْدٍ : « سَوِّ بَيْنَهُمْ » .^(١٤) وَعَلَّلَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ : « أَيْسُرُكَ أَنْ يَسْتَوُوا فِي بَرَكٍ ؟ » . قال : نعم . قال : « فَسَوِّ بَيْنَهُمْ »^(١٥) . وَابْنُ كَالَابِ فِي اسْتِحْقَاقِ بَرِّهَا ، وَكَذَلِكَ فِي عَطِيَّتِهَا . وعن ابن عباس قال : قال رَسُولُ اللَّهِ : « سَوُّوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ ، وَلَوْ كُنْتُ مُؤْتَرًّا لِأَحَدٍ »^(١٦) لَا تَرِثُ النِّسَاءُ عَلَى الرِّجَالِ . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِ »^(١٧) . وَلَا تُهَاجِرُ عَطِيَّةُ فِي الْحَيَاةِ ، فَاسْتَوَى فِيهَا الذَّكَرُ وَالْأُنثَى ، كَالْتَّفَقَةِ وَالْكُسُوفَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَسَمَ بَيْنَهُمْ ، فَجَعَلَ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ، وَأَوَّلَى مَا اقْتَدَى بِقِسْمَةِ اللَّهِ ، وَلِأَنَّ الْعَطِيَّةَ فِي الْحَيَاةِ أَحَدُ حَالِي الْعَطِيَّةِ ، فَيُجْعَلُ لِلذَّكَرِ مِنْهَا مِثْلُ حَظِّ^(١٨) الْأُنثِيَيْنِ ، كَحَالَةِ الْمَوْتِ . يَعْنِي الْمِيرَاثَ . يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْعَطِيَّةَ اسْتِعْجَالٌ لِمَا يَكُونُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَيَنْبَغِي

(١٣) تقدم تخريجه في : ٦٧/٦ .

(١٤ - ١٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) وأخرجه البيهقي ، في : باب السنة في التسوية بين الأولاد في العطية ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٧٧/٦ . وعزاه صاحب كنز العمال ، لسعيد بن منصور ، والطبراني ، في : باب في العدل بين العطية لهم ، من كتاب النكاح . بلفظ : « فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء » . كنز العمال ٤٤٦/١٦ .

(١٧) سقط من : م .

أن تكونَ على حَسَبِهِ ، كما أنَّ مُعَجَّلَ الزَّكَاةِ قبلَ وُجوبِها يُؤَدِّيها على صِفَةٍ أَدَّيْها بعدَ وُجوبِها ، وكذلك الكُفَّاراتُ المُعَجَّلَةُ ، ولأنَّ الذَّكَرَ أَخَوُجُ من الأُنثى ، من قَبْلِ أنَّهُما إِذا تَزَوَّجَا جَمِيعًا فالصَّدَاقُ والثَّقَّةُ وَثَقَّةُ الأولادِ على الذَّكَرِ ، والأُنثى لها ذلك ، فكان أَوْلَى بالتَفْضِيلِ ؛ لِزِيادَةِ حاجَتِهِ ، وقد قَسَمَ اللهُ تَعَالَى المِيراثَ ، فَفَضَّلَ الذَّكَرَ مَفْرُوعًا بهذا المَعْنَى فَتَعَلَّلَ بِهِ ، وَيَتَعَدَّى ذلك إلى العَطِيَّةِ في الحَيَاةِ . وَحَدِيثُ بَشِيرٍ قَضِيَّةٌ في عَيْنِ ، وَحِكَايَةُ حَالِ لا عُمُومَ لها ، وإِنَّمَا نَبَتْ حُكْمُها فيما ماثَلْها ، ولا نَعْلَمُ حالَ أولادِ بَشِيرٍ ، هل كان فيهِم أُنثى أو لا ؟ وَلَعَلَّ النَبِيَّ ﷺ قد عَلِمَ أَنَّهُ ليس له إِلا وَلَدٌ ذَكَرٌ . ثم تُحْمَلُ التَّسْوِيَةُ / على القِسْمَةِ على كِتابِ اللهِ تَعَالَى . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ التَّسْوِيَةَ في ^(١٨) أَصْلِ العَطَا ، لا في صِفَتِهِ ، فَإِنَّ القِسْمَةَ لا تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ^(١٩) من كُلِّ وَجْهِ وكذلك الْحَدِيثُ الْآخَرُ ^(٢٠) ، وَدَلِيلُ ذلك قولُ عَطَاءٍ : ما كانوا يُقَسِّمُونَ إِلا على كِتابِ اللهِ تَعَالَى . وهذا خَبَرٌ عن جَمِيعِهِمْ ، على أَنَّ الصَّحِيحَ من خَبَرِ ابنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ مُرْسَلٌ .

ظ ١٧٢/٥

فصل : وليس عليه التَّسْوِيَةُ بين سائِرِ أَقارِبِهِ ، ولا إِعْطَاؤُهُمْ على قَدَرِ مَوَارِيثِهِمْ ، سواءَ كانوا من جِهَةٍ واحِدَةٍ ، كإِخْوَةٍ وَأَخَوَاتٍ ، وَأَعْمَامٍ وَبَنَى عَمٍّ ، أو من جِهاتٍ ، كَبَنَاتٍ وَأَخَوَاتٍ وَغَيْرِهِمْ . وقال أبو الحَطَّابِ : المَشْرُوعُ في عَطِيَّةِ الأولادِ وسائِرِ الأَقارِبِ ، أن يُعْطِيَهُمْ على قَدَرِ مَوَارِيثِهِمْ ^(٢٠) ، فَإِنْ خَالَفَ وفَعَلَ ، فعليه أن يَرْجِعَ وَيَعْمَهُمْ بالنُّحْلَةِ ؛ لأنَّهُمْ في مَعْنَى الأولادِ ، فَنَبَتْ فيهِمْ مِثْلُ حُكْمِهِمْ . ولنا ، أَنَّهُا عَطِيَّةٌ لغيرِ الأولادِ في صِحَّتِهِ ، فلم تَجِبْ عَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ ، كَالو كانوا غَيْرِ وارِثِينَ ، ولأنَّ الأَصْلَ إِباحَةُ تَصَرُّفِ الإنسانِ في مالِهِ كيف شاءَ ، وإِنَّمَا وَجَبَتِ التَّسْوِيَةُ بين الأولادِ بالخَبَرِ ، وليس غَيْرُهُمْ في مَعْنَاهُمْ ؛ لأنَّهُمْ اسْتَوَوْا في وُجوبِ بَرٍّ والدِهِمْ ، فاستَوَوْا في

(١٨ - ١٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في م : « ميراثهم » .

عَظِيَّتِهِ . وبهذا عَظَّلَ النَّبِيُّ ﷺ حين قال : « أَيْسُرُكَ أَنْ يَسْتَوُوا فِي بَرَكٍ ؟ » قال : نعم . قال : « فَسَوَّيْنَهُمْ » . ولم يُوجَدْ هذا في غيرهم ، ولأنَّ لِلْوَالِدِ الرَّجُوعَ ^(٢١) فيما أُعْطِيَ ^(٢٢) وَلَدَهُ ، فِيمَكُنْهُ أَنْ يُسَوَّى بَيْنَهُمْ بِاسْتِزْجَاعٍ مَا أُعْطَاهُ لِبَعْضِهِمْ ، وَلَا يُمْكِنُ ذلك في غيرهم ، ولأنَّ الْأَوْلَادَ لِشِدَّةِ مَحَبَّةِ الْوَالِدِ لَهُمْ ، وَصَرَفِ مَالِهِ إِلَيْهِمْ عَادَةً ، يَتَنَافَسُونَ فِي ذلك ، وَيَسْتَنِدُّ عَلَيْهِمْ تَفْضِيلُ بَعْضِهِمْ ، وَلَا يُيَارِيهِمْ فِي ذلك غيرهم ، فلا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَيْهِمْ ، وَلَا نَصٌّ فِي غيرهم ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قد عَلِمَ لِبَشِيرِ زَوْجَةٍ ، وَلَمْ يَأْمُرْ بِإِعْطَائِهَا شَيْئًا حين أَمَرَهُ بِالتَّسْوِيَةِ بَيْنَ أَوْلَادِهِ ، وَلَمْ يَسْأَلْهُ هَلْ لَكَ وَارِثٌ غَيْرَ وَلَدِكَ ؟

فصل : والأُمُّ في المنع من المفاضلة بين الأولاد كالأب ؛ لقول النبي ﷺ :
« اتَّقُوا اللَّهَ ، وَأَعِدُّوا لِبَيْنِ أَوْلَادِكُمْ » . ولأنَّهَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، فَمُنِعَتْ التَّفْضِيلَ ^(٢٣) كالأب ، ولأنَّ مَا يَخْصُلُ بِتَخْصِيصِ الْأَبِ بَعْضَ وَلَدِهِ مِنَ الْحَسَدِ وَالْعَدَاوَةِ ، يُوجَدُ مثله في تَخْصِيصِ الْأُمِّ بَعْضَ وَلَدِهَا ، ^(٢٤) فَتَبَّتْ لَهَا ^(٢٥) مِثْلُ حُكْمِهِ فِي ذلك .

فصل : وقول الخِرَقِيِّ : « أَمْرٌ بِرَدِّهِ » . يُدُلُّ عَلَى أَنَّ لِلْأَبِ الرَّجُوعَ فيما وَهَبَ لِوَلَدِهِ . وهو ظاهرُ مذهبِ أَحْمَدَ ، سواءَ قَصَدَ بِرْجُوعِهِ التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الْأَوْلَادِ أَوْ لَمْ يُرِدْ ، وهذا مذهبُ مَالِكٍ / ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . وعن أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى : لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا . وبها قالُ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ؛ لقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْعَائِدُ فِي هَيْبَتِهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قِيَمِهِ » ^(٢٦) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . وعن عَمْرِو ابْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : مَنْ ^(٢٧) وَهَبَ هَيْبَةً يَرَى أَنَّهُ أَرَادَ بِهَا صِلَةً رَحِمٍ ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا ، وَمَنْ وَهَبَ هَيْبَةً أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ ، فَهُوَ عَلَى هَيْبَتِهِ ،

(٢١ - ٢٢) في م : « في عطية » .

(٢٢) في م : « بالتفضيل » .

(٢٣ - ٢٤) في الأصل : « فيثبت فيها » .

(٢٤) تقدم تخريجه في : ١٠٤/٤ .

(٢٥) في الأصل : « في من » .

يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا . رَوَاهُ مَالِكٌ ، فِي « الْمَوْطَأِ »^(٢٦) . وَلَأَنَّهَا هِبَةٌ يَخْصُلُ بِهَا الْأَجْرُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَجْزِ الرُّجُوعُ فِيهَا ، كَصَدَقَةِ التَّطَوُّعِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لِبَشِيرِ بْنِ سَعْدٍ : « فَارْذُدْهُ » . وَرَوَى : « فَارْجِعْهُ » . رَوَاهُ كَذَلِكَ مَالِكٌ عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، عَنِ الثُّعْمَانِ . فَأَمَرَهُ بِالرُّجُوعِ فِي هِبَتِهِ ، وَأَقْلَ أَحْوَالِ الْأَمْرِ الْجَوَازُ ، وَقَدْ امْتَثَلَ بِشِيرُ بْنُ سَعْدٍ ذَلِكَ^(٢٧) ، فَرَجَعَ فِي هِبَتِهِ لَوْلَا ذَلِكَ ، أَلَا تَرَاهُ قَالَ فِي الْحَدِيثِ : فَرَجَعَ أَبِي ، فَرَدَّتْكَ الصَّدَقَةُ . وَحُمِلَ الْحَدِيثُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ أَعْطَاهُ شَيْئًا ، يُخَالِفُ ظَاهِرَ الْحَدِيثِ ؛ لِقَوْلِهِ : تَصَدَّقْ عَلَى أَبِي بِصَدَقَةٍ . وَقَوْلُ بَشِيرٍ : إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي غَلَامًا . يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ قَدْ أَعْطَاهُ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَارْذُدْهُ » . وَقَوْلُهُ : « فَارْجِعْهُ » . وَرَوَى طَاوُسٌ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، يَرْفَعَانِ الْحَدِيثَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُعْطَى عَطِيَّةً ، فَيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطَى وَلَدَهُ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٢٨) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَهَذَا يَخْصُصُ عُمُومَ مَا رَوَوْهُ^(٢٩) وَيُفَسِّرُهُ . وَقِيَاسُهُمْ مَنْقُوضٌ بِهَيْبَةِ الْأَجْنَبِيِّ ؛ فَإِنَّ فِيهَا أَجْرًا وَتَوَابًا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَذَبَ إِلَيْهَا . وَعِنْدَهُمْ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ، وَالصَّدَقَةُ عَلَى الْوَلَدِ^(٣٠) كَمَسْأَلَتِنَا ، وَقَدْ دَلَّ حَدِيثُ الثُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ عَلَى الرُّجُوعِ فِي الصَّدَقَةِ ؛ لِقَوْلِهِ : تَصَدَّقْ عَلَى أَبِي بِصَدَقَةٍ .

فصل : وظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، أَنَّ الْأُمَّ كَالْأَبِ ، فِي الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ ؛ لِأَنَّ

(٢٦) في : باب القضاء في الهبة ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٥٤ .

(٢٧) في م : « في ذلك » .

(٢٨) في : باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ، من أبواب الهبة ، عارضة الأخوذى ٨/٢٩٤ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب الرجوع في الهبة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٦١ . وابن ماجه ، في : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٥ . والإمام أحمد ، في المسند ٢/٧٨ .

(٢٩) في م : « رواه » .

(٣٠) في م : « الوالد » .

قوله : « وإذا فاضل بين أولاده » يتناول كل والد ، ثم قال في سياقه : « أمر برده » .
 فيدخل فيه الأثم . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنها داخله في قوله : « إلا الوالد فيما يعطى
 ولده » . ولأنها لما دخلت في قول النبي : « سواي بين أولادكم » . ينبغي أن تتمكن
 من النسوة ، والرُّجوع في الهبة طريق في النسوة ، وربما عيّن طريقاً فيها إذا لم يمكن
 إعطاء الآخر مثل عطية الأول ، ولأنها لما دخلت في المعنى في حديث / بشير^(٣١) بن
 سعد^(٣٢) ، فينبغي أن تدخل في جميع مدلوله ؛ لقوله : « فأردده » . وقوله :
 « فأرجعه » . ولأنها لما ساوت الأب في تحريم تفضيل بعض ولدها ، ينبغي أن
 تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضله به ، تخليصاً لها من الإنم ، وإزالة للتفضيل
 المحرم ، كالأب . والمنصوص عن أحمد أنه ليس لها الرجوع . قال الأثرم : قلت
 لأبي عبد الله : الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل ؟ قال : ليس هي عندي في
 هذا كالرجل ؛ لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ، والأثم لا تأخذ . وذكر حديث
 عائشة : « أطيب^(٣٢) ما أكل^(٣٢) الرجل من كسبه ، وإن ولده من كسبه »^(٣٣) . أي
 كأنه الرجل . قال أصحابنا : والحديث حجة لنا ، فإنه خص الوالد ، وهو بإطلاقه
 إنما يتناول الأب دون الأثم ، والفرق بينهما أن للأب ولاية على ولده ، ويحوز جميع
 المال في الميراث ، والأثم بخلافه . وقال مالك : للأثم الرجوع في هبة ولدها ما كان
 أبوه حياً ، فإن كان ميتاً ، فلا رجوع لها ؛ لأنها هبة ليتيم ، وهبة اليتيم لازمة ،
 كصدقة التطوع ، ومن مذهبه أنه لا يرجع في صدقة التطوع .

(٣١ - ٣١) سقط من : م .

(٣٢ - ٣٢) في م : « ماكل » .

(٣٣) أخرجه أبو داود ، في : باب الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٥٩ .
 والترمذي ، في : باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١١٠ .
 والنسائي ، في : باب الحث على الكسب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢١٢ . وابن ماجه ، في : باب مال الرجل
 من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦٩ . والإمام أحمد ، في : المسند : ٣١/٦ ، ٤١ ،
 ٤٢ ، ١٢٧ ، ١٦٢ ، ١٩٣ ، ٢٢٠ .

فصل : ولا فَرْقَ فيما ذَكَرنا بين الهبة والصَّدقة . وهو قولُ الشافعي . وفَرْقَ مالِكَ وأصحابُ الرأْيِ بينهما ، فلم يُجيزُوا الرُّجوعَ في الصَّدقة بحال ، واحتجُّوا بحديثِ عمرَ : مَنْ وَهَبَ هِبَةً ، وأَرادَ بها صِلَةً رَحِمَ ، أو على وَجْهِ صَدَقَةٍ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ . ولنا ، حَدِيثُ الثُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ ، فَإِنَّهُ قَالَ : تَصَدَّقْ عَلَى أُنَى بِصَدَقَةٍ . وقال : فَرَجَعَ أَبِي ، فَرَدَّ تِلْكَ الصَّدَقَةَ . وأيضاً عُمُومُ قولِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يُعْطَى وَلَدُهُ » . وهذا يُقَدِّمُ على (٣٤) قولِ عمرَ ، ثم هو خاصٌّ في الوالِدِ ، وحديثُ عمرَ عامٌّ ، فَيَجِبُ تَقْدِيمُ الخاصِّ .

فصل : ولِلرُّجوعِ في هِبَةِ الْوَلَدِ شُرُوطٌ أَرْبَعَةٌ :

أحدها ، أن تكونَ باقيةً في مِلْكِ الابنِ ، فإن خَرَجَتْ عن مِلْكِهِ ، يَبِيعُ أو هِبَةً أو وَفِيَ أو إِرْثٍ أو غيرِ ذلك ، لم يَكُنْ له الرُّجوعُ فيها ؛ لَأَنَّهُ إِطْلَالٌ لِمِلْكٍ غيرِ الوالِدِ . وإن عَادَتْ إليه بِسَبَبٍ جَدِيدٍ ، كَبَيْعٍ أو هِبَةٍ أو وَصِيَّةٍ أو إِرْثٍ ونحو ذلك ، لم يَمْلِكِ الرُّجوعُ فيها ؛ لِأَنَّهَا عَادَتْ بِمِلْكٍ جَدِيدٍ لم يَسْتَفِذْهُ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ ، فلا يَمْلِكُ فَسْخَهُ وَإِزَالَتَهُ ، كالَّذِي لم يَكُنْ مَوْهُوبًا له . وإن عَادَتْ إليه بِفَسْخِ الْبَيْعِ ، لِعَيْبٍ أو إِقَالَةٍ أو فَلَسٍ الْمُشْتَرِي ، ففيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، يَمْلِكُ الرُّجوعُ ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ الْمُزِيلَ ارْتَفَعَ ، وعَادَ الْمِلْكُ بِالسَّبَبِ الْأَوَّلِ ، فَأَشْبَهَ مَا لو فَسَخَ الْبَيْعَ بِخِيَارِ الْمَجْلِسِ أو خِيَارِ الشَّرْطِ . والثاني ، / لا يَمْلِكُ الرُّجوعُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ عَادَ إِلَيْهِ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ مِلْكٍ مِنْ اتَّقَلَّ إليه عليه ، فَأَشْبَهَ مَا لو عَادَ إِلَيْهِ بِهَبَةٍ . فَأَمَّا إِنْ عَادَ إِلَيْهِ لِلْفَسْخِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ ، أو خِيَارِ الْمَجْلِسِ ، فَله الرُّجوعُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لم يَسْتَقِرَّ عَلَيْهِ .

و ١٧٤/٥

فصل : الثاني ، أن تكونَ الْعَيْنُ باقيةً في تَصَرُّفِ الْوَلَدِ ، بحيث يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في رَقَبَتِهَا ، فإن اسْتَوْلَدَ الْأُمَّةَ ، لم يَمْلِكِ الْأَبُ الرُّجوعَ فيها ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ فيها لَا يَجُوزُ نَقْلُهُ إِلَى غَيْرِ سَيِّدِهَا . وإن رَهَنَ الْعَيْنَ ، أو أَفْلَسَ وَحَجَرَ عَلَيْهِ ، لم يَمْلِكِ الْأَبُ الرُّجوعَ فيها ؛

(٣٤) سقط من : م .

لأن في ذلك إبطالاً لحق غير الولد . فإن زال المانع من التصرف ، فله الرجوع ؛ لأن ملك الابن لم يزُل ، وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك ، فمَنع الرجوع ، فإذا زال [زال] المَنع ، والكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب . وهو مذهب الشافعي وجماعة سواه . فأما من أجاز بيع المكاتب ، فحكمه حكم المستأجر والمزوج . وأما التدبير ، فالصحيح أنه لا يمنع البيع ، فلا يمنع الرجوع . وإن قلنا : يمنع البيع . منع الرجوع . وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف في الرقبة ، كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر إليه ^(٣٥) ، والوطء والتزويج والإجارة والكتابة والتدبير ، إن قلنا : لا يمنع البيع ، والمزارعة عليها ، وجعلها مضاربة ، أو في عقد شركة ، فكل ذلك لا يمنع الرجوع ؛ لأنه لا يمنع تصرف الابن في رقبته ، وكذلك العتق المعلق على صفة . وإذا رجع وكان التصرف لازماً ، كالأجارة والتزويج والكتابة ، فهو باق بحاله ؛ لأن الابن لا يملك إبطاله ، فكذلك من انتقل إليه . وإن كان جائزاً ، كالوصية والهبة قبل القبض ، بطل ؛ لأن الابن يملك إبطاله . وأما التدبير والعتق المعلق بصفة ، فلا يفتقر حكمهما في حق الأب ، ومتى عاد إلى الابن ، عاد حكمهما . فأما البيع الذي للابن فيه خيار ، إما بشرط ، أو غيب في الثمن ، أو غير ذلك ، فيمنع الرجوع ؛ لأن الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عوض المبيع ، ولم يثبت له ذلك من جهته . وإن وهبه الابن لابنه ، لم يملك الرجوع فيه ؛ لأن رجوعه إبطال لملك غيره . فإن رجع الابن في هبته ، احتمل أن يملك الأب الرجوع في هبته حينئذ ؛ لأنه فسخ هبته برجوعه ، فعاد إليه الملك بالسبب الأول . ويحتمل أن لا يملك الأب الرجوع ؛ لأنه رجع إلى ابنه ^(٣٦) بعد استقرار ملك غيره عليه ، فأشبهه ما لو وهبه ابن الابن لأبيه ^(٣٧) .

(٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) في الأصل : « أبيه » .

(٣٧) في الأصل : « لابنه » .

فصل : الثالث ، أن لا يتعلّق بها رغبة لغير الولد ، فإن تعلّقت بها رغبة لغيره ،
 مثل أن يهبّ ولكه شيئا فيرغب الناس في معامَلته ، وأدأئوه دُيُونًا ، أو رغبوا في
 مُنَاكَحَتِهِ ، فزوّجوه إن كان ذَكَرًا ، أو تزوّجت الأنثى لذلك ، فعن أحمد روايتان ؛
 أولاها ، ليس له الرجوع . قال أحمد ، في رواية أبي الحارث ، في الرجل يهبّ لإبنه
 مالا : فله الرجوع ، إلا أن يكون غرّ به قوماً ، فإن غرّ به ، فليس له أن يرجع فيها .
 وهذا مذهب مالك ؛ لأنه تعلّق به حق غير الابن ، ففي الرجوع إبطال حقه ، وقد
 قال عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار »^(٣٨) . وفي الرجوع ضرر ، ولأن في هذا
 تحيلاً على إلحاق الضرر بالمسلمين ، ولا يجوز التحيل على ذلك . والثانية ، له
 الرجوع ؛ لمعموم الخبر ، ولأن حق المتزوج والغريم لم يتعلّق بعين هذا المال ، فلم
 يمنع الرجوع فيه .

فصل : الرابع ، أن لا تزيد زيادة متصلة ، كالسمن والكبر وتعلم صنعة . فإن
 زادت ، فعن أحمد روايتان ؛ إحداهما ، لا تمنع الرجوع . وهو مذهب الشافعي ؛
 لأنها زيادة في الموهوب ، فلم تمنع الرجوع ، كالزيادة قبل القبض ، والمنفصلة .
 والثانية ، تمنع . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأن الزيادة للموهوب له لكونها ثمناً ملكه ،
 ولم تنتقل إليه من جهة أبيه ، فلم يملك الرجوع فيها ، كالمنفصلة ، وإذا امتنع الرجوع
 فيها ، امتنع الرجوع في الأصل ، لقلاً يفضى^(٣٩) إلى سوء المشاركة ، وضرر
 الشقيق ، ولأنه^(٤٠) استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه ، فمنعه
 الزيادة المتصلة ، كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح ، أو نصفه بالطلاق ، أو
 رجوع البائع في المبيع لفلس المشتري . ويفارق الرد بالعيب من جهة أن الرد من
 المشتري ، وقد رضى ببدل الزيادة . وإن فرض الكلام فيما إذا باع عرضاً بعرض ،

(٣٨) تقدم تخريجه في : ١٤٠/٤ .

(٣٩) في م : « يقتضى » .

(٤٠) في الأصل زيادة : « فسخ » .

فَرَادَ أَحَدُهُمَا ، وَوَجَدَ الْمُشْتَرَى الْآخَرَ بِهِ عَيْبًا ، قُلْنَا : بَائِعُ الْمَعِيبِ سَلَّطَ مُشْتَرِيَهُ عَلَى الْفَسَخِ ، يَبِيعُهُ الْمَعِيبُ ، فَكَأَنَّ الْفَسَخَ وَجَدَ مِنْهُ . وَلِهَذَا قُلْنَا ، فِيمَا إِذَا فُسِّخَ الزَّوْجُ التَّكَاحُ لِعَيْبِ الْمَرْأَةِ قَبْلَ الدُّخُولِ : لَا صَدَاقَ لَهَا ، كَمَا لَوْ فُسِّخَتْهُ . وَعَلَى هَذَا لَا فَرْقَ بَيْنَ الزِّيَادَةِ فِي الْعَيْنِ ، كَالسَّمَنِ وَالطُّوْلِ وَنَحْوِهِمَا ، أَوْ فِي الْمَعَانِي ، كَتَعْلَمُ^(٤١) صُنْعِيَّةٍ أَوْ كِتَابِيَّةٍ أَوْ قُرْآنٍ^(٤٢) أَوْ عِلْمٍ ، أَوْ إِسْلَامٍ ، أَوْ قَضَاءٍ دِينٍ عَنْهُ . وَبِهَذَا قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الزِّيَادَةُ بِتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَقَضَاءِ الدِّينِ عَنْهُ ، لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ لَهَا مُقَابِلٌ مِنَ الثَّمَنِ ، فَمَنْعَتِ الرُّجُوعَ ، كَالسَّمَنِ وَتَعْلَمُ الصَّنْعِيَّةَ . وَإِنْ زَادَ بِبُرْئِهِ مِنْ / مَرَضٍ أَوْ صَمَمٍ ، مَنَعَ الرُّجُوعَ ، كَسَائِرِ الزِّيَادَاتِ ، وَإِنْ كَانَتْ زِيَادَةُ الْعَيْنِ أَوْ التَّعْلَمُ لَا تَزِيدُ فِي قِيمَتِهِ شَيْئًا ، أَوْ يَنْقُصُ مِنْهَا ، لَمْ يَمْنَعْ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِزِيَادَةٍ فِي الْمَالِيَّةِ . وَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُتَفَصِّلَةُ ، كَوَلَدِ الْبَهِيمَةِ ، وَثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ ، وَكَسَبِ الْعَبْدِ ، فَلَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِغَيْرِ اخْتِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَالزِّيَادَةُ لِلْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهَا حَادِثَةٌ فِي مِلْكِهِ ، وَلَا تَتَّبِعُ فِي الْفُسُوحِ ، فَلَا تَتَّبِعُ هُنَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهَا لِلْأَبِ . وَهُوَ بَعِيدٌ ، فَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ وَلَدَ أُمَةٍ لَا يَجُوزُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أُمِّهِ ، مَنَعَ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْهُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أُمِّهِ ، وَذَلِكَ مُحَرَّمٌ^(٤٣) ، إِلَّا أَنْ نَقُولَ إِنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَفَصِّلَةَ لِلْأَبِ ، فَلَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ فِيهِمَا جَمِيعًا ، أَوْ يَرْجِعُ فِي الْأُمِّ ، وَيَتَمَلَّكُ^(٤٤) الْوَلَدَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ .

فصل : وَإِنْ قَصَرَ^(٤٥) الْعَيْنُ أَوْ فَصَّلَهَا ، فَلَمْ تَزِدْ قِيمَتُهَا ، لَمْ تَمْنَعْ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ لَمْ تَزِدْ وَلَا الْقِيَمَةَ ، وَإِنْ زَادَتْ قِيمَتُهَا ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَفَصِّلَةٌ ، هَلْ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ أَوْ لَا ؟ مَبْنِيٌّ^(٤٥) عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي السَّمْنَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَمْنَعَ هَذِهِ الزِّيَادَةُ الرُّجُوعَ بِكُلِّ

(٤١ - ٤١) فِي الْأَصْلِ : « الصَّنَاعَةُ أَوْ الْكِتَابَةُ أَوْ الْقُرْآنُ » .

(٤٢) فِي الْأَصْلِ : « بِحَرَمٍ » .

(٤٣) فِي الْأَصْلِ : « وَيَمْلِكُ » .

(٤٤) قَصَرَ الثَّوبَ : دَقَهُ وَبَيَضَهُ .

(٤٥) فِي الْأَصْلِ : « مَبْنِيٌّ » .

حال ؛ لأنها حاصلة بفعل الابن ، فَجَرَتْ مَجْرَى الْعَيْنِ الحاصلة بفعله ، بخلاف السَّمَنِ ، فإنه يَحْتَمِلُ أن يكون للأب ، فلا يَمْنَعُ الرجوع ، لأنه نَمَاءُ الْعَيْنِ ، فيكون تابعاً لها . وإن وَهَبَ حاملاً فولدت في يد الابن ، فهي زيادة متصلة في الولد . ويَحْتَمِلُ أن يكون الولد زيادة منفصلة إذا قلنا : الحَمْلُ لا حُكْمَ له . وإن وَهَبَ حاملاً ، ثم رَجَعَ فيها حاملاً ، جاز إذا لم تَزِدْ قِيمَتُهَا ، وإن زادت قِيمَتُهَا ، فهي زيادة متصلة^(٤٦) . وإن وَهَبَ حائلاً فحَمَلَتْ ، فهي زيادة منفصلة^(٤٧) ، وله الرجوع فيها دون حَمْلِهَا . وإن قلنا : إن الحَمْلَ لا حُكْمَ له ، فزادت به قِيمَتُهَا ، فهي زيادة متصلة . وإن لم تَزِدْ قِيمَتُهَا ، جاز الرجوع فيها . وإن وَهَبَ نُحْلاً فحَمَلَتْ ، فهي قبل التأبير زيادة متصلة ، وبعده زيادة منفصلة .

فصل : وإن تَلَفَ بعضُ الْعَيْنِ ، أو تَقَصَّتْ قِيمَتُهَا ، لم يَمْنَعُ الرجوع فيها ، ولا ضَمَانٌ على الابن فيما تَلَفَ منها ؛ لأنها تَلَفٌ^(٤٨) على مِلْكِهِ . وسواء تَلَفَ بفعل الابن أو بغير فعله . وإن جَنَى الْعَبْدُ جِنَايَةً تَعْلَقُ أَرْضُهَا بِرَقَبَتِهِ ، فهو كَتَقْصَانِهِ بِذَهَابِ بعضِ أَجْزَائِهِ ، وللأب الرجوع فيه ، فإن رَجَعَ فيه ، ضَمِنَ أَرْضَ الْجِنَايَةِ . وإن جُنِيَ على الْعَبْدِ ، فَرَجَعَ الْأَبُ^(٤٩) فيه ، فأَرْضُ الْجِنَايَةِ عليه للابن ؛ لأنه بِمَنْزِلَةِ الزَّيَادَةِ الْمُتَفَصِّلَةِ . فإن قِيلَ : فلو أَرَادَ الْأَبُ الرجوع في^(٥٠) الرهن ، وعليه فَكَاكُهُ ، لم يَمْلِكْ ذلك ، فكيف مَلَكَ الرجوع في^(٥١) الْعَبْدِ / الجاني إذا أَدَّى أَرْضَ جِنَايَتِهِ ؟ قلنا : الرهنُ يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ في الْعَيْنِ ، بخلاف الْجِنَايَةِ ، ولأنَّ فَلَكَ الرهنُ فَسَخَّ لِعَقْدِ عَقْدَهُ الْمَوْهُوبُ له ، وههنا لم يَتَعْلَقِ الْحَقُّ به من جِهَةِ الْعَقْدِ ، فافترقا .

ظ ١٧٥/٥

فصل : والرجوع في الهبة أن يقول : قد رجعتُ فيها ، أو ارتجعتها ،

(٤٦) في م : « منفصلة » .

(٤٧) في الأصل : « تلف » .

(٤٨) في م زيادة : « فيرجع الأب » .

(٤٩ - ٤٩) سقط من : الأصل .

أَوْ ارْتَدَدَتْهَا^(٥٠) . أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ مِنَ الْأَلْفَاظِ الدَّالَّةِ عَلَى الرَّجُوعِ ، وَلَا يَخْتِاجُ إِلَى حُكْمٍ حَاجِمٍ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ الرَّجُوعُ إِلَّا بِقَضَاءٍ قَاضٍ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُوْهُوبِ لَهُ مُسْتَقَرٌّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خِيَارٌ فِي فُسْخِ عَقْدٍ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى قَضَاءٍ ، كَالْفُسْخِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ . فَأَمَّا إِنْ أَخَذَ مَا وَهَبَهُ لَوْلَدِهِ ، فَإِنْ تَوَى بِهِ الرَّجُوعَ ، كَانَ رُجُوعًا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي نِيَّتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ هَلْ تَوَى الرَّجُوعَ أَوْ لَا ، وَكَانَ ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ ، فَإِنْ لَمْ تَوْجَدْ قَرِينَةً تَدُلُّ عَلَى الرَّجُوعِ ، لَمْ يُحْكَمْ بِكَوْنِهِ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ يَحْتَمِلُ الرَّجُوعَ وَغَيْرَهُ ، فَلَا تُزِيلُ حُكْمًا يَقِينًا^(٥١) بِأَمْرِ مُشْكُوكٍ فِيهِ . وَإِنْ اقْتَرَنَتْ بِهِ قَرَأَيْنِ دَالَّةٌ^(٥٢) عَلَى الرَّجُوعِ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ؛ يَكُونُ رُجُوعًا . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّا اكْتَفَيْنَا فِي الْعَقْدِ بِدَلَالَةِ الْحَالِ ، فَفِي الْفُسْخِ أُولَى ، وَلِأَنَّ لَفْظَ الرَّجُوعِ . إِنَّمَا كَانَ رُجُوعًا لِدَلَالَتِهِ عَلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ كُلُّ مَا دُلَّ عَلَيْهِ . وَالْآخَرُ ، لَا يَكُونُ رُجُوعًا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ ثَابِتٌ لِلْمُوْهُوبِ لَهُ يَقِينًا ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِالصَّرِيحِ . وَيُمْكِنُ أَنْ يُنْتَى هَذَا عَلَى نَفْسِ الْعَقْدِ ، فَمَنْ أَوْجَبَ الْإِجَابَ وَالْقَبُولَ فِيهِ ، لَمْ يَكْتَفِ هَهُنَا إِلَّا بِالْفِظِ يَفْتَضِي زَوَالَهُ ، وَمَنْ اكْتَفَى فِي الْعَقْدِ بِالْمُعَاطَاةِ الدَّالَّةِ عَلَى الرِّضَا بِهِ ، فَهَهُنَا أُولَى . وَإِنْ تَوَى الرَّجُوعَ مِنْ غَيْرِ فِعْلٍ وَلَا قَوْلٍ ، لَمْ يَحْصُلِ الرَّجُوعُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ إِبْتِاثُ الْمِلْكِ عَلَى مَالٍ مَمْلُوكٍ لْغَيْرِهِ ، فَلَمْ يَحْصُلْ بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ . وَإِنْ عَلَّقَ الرَّجُوعَ بِشَرْطٍ ، فَقَالَ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَقَدْ رَجَعْتُ فِي الْهَيْبَةِ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْفُسْخَ لِلْعَقْدِ لَا يَقِفُ عَلَى شَرْطٍ ، كَمَا لَا يَقِفُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ .

٩٣٥ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يَرُدُّهُ ، فَقَدْ تَبَتَّ لِمَنْ وَهَبَ لَهُ ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي صِحَّتِهِ)

يعنى إذا فاضل بين ولده في العطايا ، أو خص بعضهم بعطية^(١) ، ثم مات قبل أن

(٥٠) في الأصل : « رددتها » .

(٥١) في م : « يقينا » .

(٥٢) في م : « دار » خطأ .

(١) في الأصل : « بعطيته » .

يَسْتَرِدُّهُ ، ثَبَتَ ذَلِكَ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَلَزِمَ ، وَلَيْسَ لِثَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ الرَّجُوعُ . هَذَا الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ ، وَالْمِثْمُونِيِّ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْحَلَالِ ، / وَصَاحِبِهِ أَبِي بَكْرٍ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَفِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ^(٢) عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ لِسَائِرِ الْوَرَثَةِ أَنْ يَرْتَجِعُوا مَا وَهَبَهُ . اخْتَارَهُ ابْنُ بَطَّةَ وَأَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيَّانِ . وَهُوَ قَوْلُ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ ، وَإِسْحَاقَ . وَقَالَ أَحْمَدُ : عُرْوَةُ قَدَرَوْا الْأَحَادِيثَ الثَّلَاثَةَ ؛ حَدِيثَ عَائِشَةَ ، وَحَدِيثَ عُمَرَ ، وَحَدِيثَ عُثْمَانَ ^(٣) ، وَتَرَكَهَا وَذَهَبَ إِلَى حَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ ، يَرُدُّ فِي حَيَاةِ الرَّجُلِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ ^(٤) . وَهَذَا قَوْلُ إِسْحَاقَ ، إِلَّا أَنَّهُ قَالَ : إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ فَهُوَ مِيرَاثُ بَيْنَهُمْ ، لَا يَسَعُ أَنْ يَنْتَفِعَ أَحَدٌ مِمَّا أُعْطِيَ دُونَ إِخْوَتِهِ وَأَخَوَاتِهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَمَّى ذَلِكَ جَوْرًا بِقَوْلِهِ : « لَا تُشْهِدْنِي عَلَى جَوْرٍ » . وَالْجَوْرُ حَرَامٌ لَا يَحِلُّ لِلْفَاعِلِ فِعْلُهُ ، وَلَا لِلْمُعْطَى تَنَاوُلُهُ . وَالْمَوْتُ لَا يُغَيِّرُهُ عَنْ كَوْنِهِ جَوْرًا حَرَامًا ، فَيَجِبُ رَدُّهُ ، وَلِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ أَمْرًا قَيْسَ ابْنِ سَعْدٍ ، أَنْ يَرُدَّ قِسْمَةَ أَبِيهِ حِينَ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ ، وَلَمْ يَكُنْ عَلِمَ بِهِ ، وَلَا أُعْطَاهُ شَيْئًا ، وَكَانَ ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِ سَعْدٍ ، فَروى سَعِيدٌ ^(٥) ، بِإِسْنَادِهِ مِنْ طَرِيقَيْنِ ، أَنَّ سَعْدَ بْنَ عَبَادَةَ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ أَوْلَادِهِ ، وَخَرَجَ إِلَى الشَّامِ ، فَمَاتَ بِهَا ، ثُمَّ وُلِدَ بَعْدَ ذَلِكَ وَلَدٌ فَمَشَى أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، إِلَى قَيْسِ بْنِ سَعْدٍ ، فَقَالَا : إِنَّ سَعْدًا قَسَمَ مَالَهُ ، وَلَمْ يَدْرِ مَا يَكُونُ ، وَإِنَّا نَرَى أَنَّ تَرَدُّدَ هَذِهِ الْقِسْمَةِ . فَقَالَ قَيْسٌ : لَمْ أَكُنْ لِأُغَيِّرْ شَيْئًا صَنَعَهُ سَعْدٌ ، وَلَكِنْ نَصِيصِي لَهُ . وَهَذَا مَعْنَى الْحَبَرِ . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لِعَائِشَةَ ، لَمَّا نَحَلَهَا نَحْلًا : وَدَدْتُ لَوْ أَنَّكَ كُنْتَ حُزْنِيهِ ^(٦) . فَدَلَّ عَلَى أَنَّهَا

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) حديث عائشة تقدم في صفحة ٢٦٣ ، وحديث عمر تقدم في صفحة ٢٦٢ ، وحديث عثمان تقدم في صفحة

٢٥٤ .

(٤) أى إلى أن معنى حديث النبي ﷺ يرد في حياة الرجل وبعد موته .

(٥) فى : باب من قطع ميراثا فرضه الله . السنن ٩٧/١ .

(٦) تقدم في صفحة ٢٠٦ .

لو كانت حازته لم يكن له الرجوع . وكذلك قول عمر : لا نَحْلَةَ إِلَّا نَحْلَةَ يَحُوزُهَا
الْوَلَدُ دون الوالد . ولأنها عَطِيَّةٌ لَوْلَدِهِ فَلَزِمَتْ بِالْمَوْتِ كَالْوَأَنفَرَدِ . وقوله : « إذا كان
ذلك في صحته » يدلُّ على أَنَّ عَطِيَّتَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ لِبَعْضٍ وَرَثَتِهِ لَا تَنْفُذُ ؛
لأنَّ الْعَطَايَا فِي مَرَضٍ الْمَوْتِ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ ، في أنها تُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ إِذَا كَانَتْ
لأَجْنَبِيٍّ إجماعاً ، فكذلك لَا تَنْفُذُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ
أَحْفَظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّ حُكْمَ الْهَبَاتِ فِي الْمَرَضِ الَّذِي يَمُوتُ فِيهِ الْوَاهِبُ ،
حُكْمُ الْوَصَايَا ، هَذَا مَذْهَبُ الْمَدِينِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَالْكُوفِيِّ . فَإِنْ أُعْطِيَ أَحَدُ بَنِيهِ
فِي صِحَّتِهِ ، ثُمَّ أُعْطِيَ الْآخَرُ فِي مَرَضِهِ ، فَقَدْ تَوَقَّفَ أَحْمَدُ فِيهِ ، فَإِنَّهُ سُئِلَ عَنْ زَوْجِ
ابْنِهِ ، فَأُعْطِيَ عَنْهُ الصَّدَاقُ ، ثُمَّ مَرَضَ الْأَبُ ، وَلَهُ ابْنٌ آخَرُ / ، هَلْ يُعْطِيهِ ^(٧) فِي مَرَضِهِ ؟
كَمَا أُعْطِيَ ابْنُهُ ^(٨) الْآخَرُ فِي صِحَّتِهِ ؟ فَقَالَ : لَوْ كَانَ أُعْطَاهُ فِي صِحَّتِهِ ، فَيَحْتَمِلُ
وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ عَطِيَّتَهُ فِي مَرَضِهِ كَوَصِيَّتِهِ ، وَلَوْ وَصَّى لَهُ لَمْ يَصِحَّ ،
فَكَذَلِكَ إِذَا أُعْطَاهُ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمَا وَاجِبَةٌ ، وَلَا طَرِيقَ لَهَا فِي هَذَا
الْمَوْضِعِ إِلَّا بِعَطِيَّةٍ ^(٩) الْآخَرِ ، فَتَكُونُ وَاجِبَةً ، فَتَصِحُّ ، كَقَضَاءِ دَيْنِهِ .

فصل : قال أحمد : أَجِبُ أَنْ لَا يُقَسَّمَ مَالُهُ ، وَيَدَّعَى عَلَى فَرَايَضِ اللَّهِ تَعَالَى ، لَعَلَّهُ
أَنْ يُوَلَّدَهُ ، فَإِنْ أُعْطِيَ وَلَدُهُ مَالَهُ ، ثُمَّ وَلَدَ لَهُ وَلَدٌ ، فَأَعْجَبُ إِلَى أَنْ يَرْجِعَ فَيَسْوَى بَيْنَهُمْ .
يعني يَرْجِعُ فِي الْجَمِيعِ ، أَوْ يَرْجِعُ فِي بَعْضِ مَا أُعْطِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لِيُدْفَعُوهُ ^(١٠) إِلَى
هَذَا الْوَلَدِ الْحَادِثِ ، لِيُسَاوِيَ إِخْوَتَهُ . فَإِنْ كَانَ هَذَا الْوَلَدُ الْحَادِثُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، لَمْ يَكُنْ

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) في الأصل : « بعطيته » .

(١٠) في الأصل : « ليدفعه » .

له الرجوع على إخوته ؛ لأنَّ العَطِيَّةَ لَزِمَتْ بِمَوْتِ أَبِيهِ ، إِلَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، الَّتِي ذَهَبَ إِلَيْهَا أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ بَطَّةَ . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ لِمَنْ^(١١) أُعْطِيَ أَنْ يُسَاوِيَ أَخَاهُ فِي عَطِيَّتِهِ ، وَلِذَلِكَ أَمَرَ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، فَيَسَّ بِنِ سَعِيدٍ ، بِرَدِّ قِسْمَةِ أَبِيهِ ، لِيُسَاوُوا الْمَوْلُودَ الْحَادِثَ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيهِ .

فصل : وَلِلْأَبِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَا شَاءَ ، وَيَتَمَلَّكَه ، مَعَ حَاجَةِ الْأَبِ إِلَى مَا يَأْخُذُهُ ، وَمَعَ عَدَمِهَا ، صَغِيرًا كَانَ الْوَلَدُ أَوْ كَبِيرًا ، بِشَرْطَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ لَا يُجْحِفَ بِالْأَبْنِ ، وَلَا يَضُرُّ بِهِ ، وَلَا يَأْخُذَ شَيْئًا تَعَلَّقَتْ بِهِ حَاجَتُهُ . الثَّانِي ، أَنْ لَا يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ^(١٢) فَيُعْطِيَهُ الْآخَرَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ تَخْصِيصِ بَعْضِ وَلَدِهِ بِالْعَطِيَّةِ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ ، فَلَا يُنْتَعَمُ مِنْ تَخْصِيصِهِ بِمَا أَخَذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ الْآخَرَ أَوَّلَى . وَقَدْ رَوَى أَنْ مَسْرُوقًا زَوْجَ ابْنَتِهِ بِصَدَاقِ عَشْرَةِ آلَافٍ ، فَأَخَذَهَا ، وَأَتَقَفَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَقَالَ لِلزَّوْجِ : جَهِّزْ أَمْرَاتِكَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ إِلَّا بِقَدْرِ حَاجَتِهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنْ دِمَاءُكُمْ وَأَمْوَالُكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا ، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا ،^(١٣) فِي بَلَدِكُمْ هَذَا^(١٤) » مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٥) . وَرَوَى الْحَسَنُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « كُلُّ أَحَدٍ أَحَقُّ بِكَسْبِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ »^(١٥) . وَهَذَا نَصٌّ . وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ^(١٦) طَيْبِ نَفْسِهِ » . رَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيُّ^(١٧) . وَلِأَنَّ مِلْكَ الْإِبْنِ تَامٌ

(١١) فِي م : ٥ مِنْ .

(١٢) فِي م : ٥ وَلَدِهِ .

(١٣ - ١٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٤) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٥٦/٥ .

(١٥) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ يَجِبُ عَلَى الرَّجُلِ مَكَاتِبُهُ عِنْدَهُ ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَكَاتِبِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى

٣١٩/١٠ . عَنْ حِبَانِ بْنِ أَيْ جَبَلَةَ .

(١٦) فِي م : ٥ عَلَى .

(١٧) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي : ٦٠٦/٦ . وَيُضَافُ إِلَيْهِ :

على مال نفسه ، فلم يَجْزِ اثْنَا عَشْرَ مِنْهُ ، كالَّذِي / تَعَلَّقَتْ بِهِ حَاجَتُهُ . وَلَنَا ، مَارَوْث ١٧٧/٥ و
عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلْتُمْ مِنْ
كَسْبِكُمْ ، وَإِنْ أَوْلَادَكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ » . أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ^(١٨) ، وَقَالَ :
حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى
النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ أَبِي اخْتِاجَ مَالِي . فَقَالَ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » . رَوَاهُ
الطَّبْرَانِيُّ ، فِي « مُعْجَمِهِ » ^(١٩) مُطَوَّلًا ، وَرَوَاهُ غَيْرُهُ ، وَزَادَ : « إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ
أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ ، فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ » . وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْمُنَكْدِرِ ، وَالْمُطَلِبُ بْنُ
خَنْطَبٍ ، قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ لِي مَالًا وَعِيَالًا ، وَلَأَبِي
مَالٌ وَعِيَالٌ ، وَأَبِي يُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَ مَالِي . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » .
أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » ^(٢٠) . وَلَأنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ الْوَلَدَ مَوْهُوبًا لِأَبِيهِ ، فَقَالَ :
﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ﴾ ^(٢١) . وَقَالَ : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ يُحْيَى ﴾ ^(٢٢) . وَقَالَ
زَكَرِيَّا : ﴿ فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ﴾ ^(٢٣) . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ : ﴿ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي

= كما أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١١٣/٥ . وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَمْلِكُ أَحَدٌ بِالْجَنَازَةِ شَيْئًا جَنَى عَلَيْهِ
إِلَّا أَنْ يَشَاءَ هُوَ وَالْمَالِكُ ، وَبَابِ مَنْ غَضِبَ لَوْحًا فَأَدْخَلَهُ فِي سَفِينَةٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الْغَضَبِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى
١٠٠ ، ٩٧/٦ .

(١٨) تقدم تخريجُه فِي ٢٦٣ .

(١٩) رَوَاهُ الطَّبْرَانِيُّ ، فِي الْكَبِيرِ ٢٧٩/٧ . عَنْ سَمُرَةَ . وَفِي الصَّغِيرِ ٨/١ . عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ . وَانْظُرْ : إِرْوَاءُ
الْغَلِيلِ ٣٢٥/٣ .

كما أَخْرَجَهُ ، ابْنُ مَاجَه ، فِي : بَابِ مَا لِلرَّجُلِ مِنْ مَالٍ وَلَدَهُ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَه ٧٦٩/٢ .
وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَأْكُلُ مِنْ مَالٍ وَلَدَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٥٩/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ،
فِي : الْمُسْنَدِ ١٧٩/٢ ، ٢٠٤ ، ٢١٤ .

(٢٠) وَأَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَه ، فِي : بَابِ مَا لِلرَّجُلِ مِنْ مَالٍ وَلَدَهُ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَه ٧٦٩/٢ .
وَالطَّحَاوِيُّ ، فِي : بَابِ بَيَانِ مُشْكَلِ مَا رَوَى أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ . مُشْكَلُ الْآثَارِ ٢٣٠/٢ . وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ
مَا جَاءَ فِي إِخْبَارِهِ مَنْ قَالَ فِي نَفْسِهِ شَعْرًا ... ، دَلَالَةُ النُّبُوَّةِ ٣٠٤/٦ ، ٣٠٥ .

(٢١) سُورَةُ الْأَنْعَامِ ٨٤ .

(٢٢) سُورَةُ الْأَنْبِيَاءِ ٩٠ .

(٢٣) سُورَةُ مَرْيَمَ ٥ .

وَهَبَ لِي عَلَى الْكَبِيرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ ﴿٢٤﴾ . وما كان مَوْهُوبًا له ، كان له أخذُ ماله ، كعَبْدِهِ . وقال سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ ، في قوله : ﴿ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عِبَائِكُمْ ﴾ ﴿٢٥﴾ . ثم ذَكَرَ بُيُوتَ سَائِرِ الْقَرَابَاتِ إِلَّا الْأَوْلَادَ لَمْ يَذْكُرْهُمْ ؛ لَأَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي قَوْلِهِ : ﴿ بُيُوتِكُمْ ﴾ . فلما كانت بُيُوتُ أَوْلَادِهِمْ كَبُيُوتِهِمْ ، لم يَذْكُرْ بُيُوتَ أَوْلَادِهِمْ . ولأنَّ الرَّجُلَ يَلِي مَالَ وَلَدِهِ مِنْ غَيْرِ تَوَلِيَةٍ ، فكان له التَّصَرُّفُ فِيهِ كَمَا لِنَفْسِهِ . وأما أَحَادِيثُهُمْ ، فَأَحَادِيثُنَا تُخَصُّهَا وَتُفَسِّرُهَا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ مَالَ الْإِبْنِ مَالًا لِأَبِيهِ ، بقوله : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . فَلَاتَنَافَى بَيْنَهُمَا . وقوله : « أَحَقُّ بِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ » . مُرْسَلٌ ، ثُمَّ هُوَ يَدُلُّ عَلَى تَرْجِيحِ حَقِّهِ عَلَى حَقِّهِ ، لَا عَلَى نَفْيِ الْحَقِّ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَالْوَلَدُ أَحَقُّ مِنَ الْوَالِدِ بِمَا تَعَلَّقَتْ بِهِ حَاجَتُهُ .

فصل : وليس لِلْوَلَدِ ^(٢٦) مُطَالَبَةٌ أَبِيهِ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ . وبه قال الزُّبَيْرُ بْنُ بَكَّارٍ . وهو مُقْتَضَى قول سُفْيَانَ بْنِ عُيَيْنَةَ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَابِتٌ ، فَجَازَتْ الْمُطَالَبَةُ بِهِ ^(٢٧) ، كغَيْرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ بِأَبِيهِ يَقْتَضِيهِ دَيْنًا عَلَيْهِ ، فَقَالَ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . رَوَاهُ أَبُو مُحَمَّدٍ الْخَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ ^(٢٨) . وَرَوَى الزُّبَيْرُ بْنُ بَكَّارٍ ، فِي كِتَابِ « الْمَوْفِقِيَّاتِ » ^(٢٩) ، بِإِسْنَادِهِ ، أَنَّ رَجُلًا اسْتَقْرَضَ مِنْ ابْنِهِ / مَالًا ، فَحَبَسَهُ ، فَأَطَالَ حَبْسَهُ ، فَاسْتَعْدَى عَلَيْهِ الْإِبْنُ عَلَى ابْنِ أَبِي طَالِبٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَذَكَرَ قِصَّتَهُ فِي شِعْرِ ، فَأَجَابَهُ أَبُوهُ بِشِعْرٍ أَيْضًا ، فَقَالَ عَلَى رَضَى اللَّهِ عَنْهُ :

ظ ١٧٧/٥

(٢٤) سورة إبراهيم ٣٩ .

(٢٥) سورة النور ٦١ .

(٢٦) في الأصل : « للمرء » .

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) تقدم تحريجه في صفحة ٢٧٣ .

(٢٩) الموفقيات ١١١ ، ١١٢ .

قَدْ سَمِعَ الْقَاضِي وَمِنْ رَبِّي الْفَهْمُ
 الْمَالُ لِلشَّيْخِ جَزَاءُ بِالْعَمِ
 يَأْكُلُهُ بِرَغْمِ أَنْفٍ مَنْ رَغِمَ
 مَنْ قَالَ قَوْلًا غَيْرَ ذَا فَقَدْ ظَلَمَ
 وَجَارَ فِي الْحُكْمِ وَيُسَ مَا جَرَمَ

قال الزُّبَيْرُ : إلى هذا نذهب . ولأنَّ المالَ أخذَ نَوْعِي الحُقُوقِ ، فلم يَمْلِكْ مُطَالَبَةُ
 أبيه بها ، كحُقُوقِ الأبدانِ . ويُفَارِقُ الأبُ غَيْرَهُ ، بما ثَبَتَ له من الحَقِّ على وَلَدِهِ . وإن
 مات الابنُ ، فانتَقَلَ الدَّيْنُ إلى وَرَثَتِهِ ، لم يَمْلِكُوا مُطَالَبَةَ الأبِ به ؛ لأنَّ مَوْرُوثَهُمْ لم يكنْ
 له المُطَالَبَةُ ، فهم أَوْلَى . وإن مات الأبُ ، رَجَعَ الابنُ في تَرَكَّتِهِ بِدَيْنِهِ ؛ لأنَّ دَيْنَهُ لم
 يَسْقُطْ عن الأبِ ، وإنَّما تَأَخَّرَتِ المُطَالَبَةُ . وقد رَوَى عن أحمدَ ، أَنَّهُ قال : إذا مات
 الأبُ ، بَطَلَ دَيْنُ الابنِ . وقال في مَنْ أَخَذَ من مَهْرِ ابْنَتِهِ شَيْئاً فَأَنْفَقَهُ : فليس عليه شيءٌ ،
 ولا يُؤْخَذُ من بعده ، وما أَصَابَتْ من المَهْرِ من شيءٍ بِعَيْنِهِ أَخَذَتْهُ . وتأوَّلَ بعضُ أَصْحَابِنَا
 كَلَامَهُ على ^(٣٠) « أنْ له ما ^(٣١) » أَخَذَهُ على سَبِيلِ التَّمْلِيكِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ أَخَذَهُ له ،
 وإنْفَاقَهُ إِيَّاه ، دَلِيلًا على قَصْدِ ^(٣٢) التَّمْلِيكِ ، فَيُثْبِتُ المِلْكُ ^(٣٣) بذلكَ الأخْذَ . واللهُ
 أعلمُ .

فصل : وإن تَصَرَّفَ الأبُ في مالِ الابنِ قَبْلَ تَمْلِكِهِ ، لم يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ . نصَّ عليه
 أحمدُ ، فقال : لا يجوزُ عِتْقُ الأبِ لِعَبْدِ ابْنِهِ ، ما لم يَقْبِضْهُ . فعلى هذا ، لا يَصِحُّ إِبْرَؤُهُ
 من دَيْنِهِ ، ولا هِبَتُهُ لِمَالِهِ ، ولا بَيْعُهُ له ؛ وذلكَ لأنَّ مِلْكَ الابنِ تَأَمَّنَ على مالِ نَفْسِهِ ،
 فَصَحَّ ^(٣٤) تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، وَيَحِلُّ له وَطْءُ جَوَارِيهِ ، ولو كانَ المِلْكُ مُشْتَرَكًا ، لم يَحِلَّ له
 الوَطْءُ ، كما لا يَجُوزُ وَطْءُ الجَارِيَةِ المُشْتَرَكَةِ ، وإنَّما للأبِ انْتِزَاعُهُ منه ، كالْعَيْنِ التي

(٣٠ - ٣١) في الأصل : « أنه » .

(٣١ - ٣٢) في الأصل : « التملك له » .

(٣٢) في م : « يصح » .

وَهَبَهَا إِيَّاهُ ، فَقَبِلَ انْتِزَاعَهَا لَا يَصِحُّ تَصْرِفُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ وَلَايَةٍ .
وإن كان الابنُ صَغِيرًا ، لم يَصِحَّ أيضًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِمَا لَا حَظَّ لِلصَّغِيرِ فِيهِ ،
وليس من الحَظِّ إسْقَاطُ دَنِيهِ ، وَعِتْقُ عَبْدِهِ ، وَهَبَةُ مَالِهِ .

فصل : قال أحمدُ : بين الرُّجُلِ وبين وَلَدِهِ رَبًّا . لما ذَكَرْنَاهُ من أَنَّ مِلْكَ الابنِ على مَالِهِ تَامٌّ . وقال : لَا يَطَأُ جَارِيَةَ الابنِ ، إِلَّا أَنْ يَقْبِضَهَا . يعْنِي يَتَمَلَّكُهَا . وذلك لِأَنَّهُ إِذَا وَطِئَهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهَا ، فَقَدْ وَطِئَهَا وَلَيْسَتْ زَوْجَةً وَلَا مِلْكٌ يَمِينٍ ، وَإِنْ تَمَلَّكَهَا ، لم يَحِلَّ لَهُ / وَطِئُهَا حَتَّى يَسْتَبْرَأَ ؛ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ مِلْكٍ ، فَوَجِبَ الاسْتِبْرَاءُ فِيهِ ، كَمَا لو اشْتَرَاهَا . وَإِنْ كَانَ الابنُ قَدْ وَطِئَهَا ، لم تَحِلَّ لَهُ بِحَالٍ . وَإِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهَا (٣٣) ، كَانَ مُحَرَّمًا مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ وَطِئَهَا قَبْلَ مِلْكِهَا . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ وَطِئَهَا قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا . وَإِنْ كَانَ الابنُ وَطِئَهَا ، حُرِّمَتْ بِوَجْهِ ثَالِثٍ ، وَهِيَ أَنَّهَا صَارَتْ بِمَنْزِلَةِ حَلِيلَةِ ابْنِهِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَلَا حُدَّ عَلَيْهِ ؛ لِشُبْهَةِ الْمِلْكِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَضَافَ مَالَ الْوَلَدِ إِلَى أَبِيهِ ، فَقَالَ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْهُ ، صَارَتْ أُمُّ وَلَدِهِ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْءٍ انْتَقَى عَنْهُ الْحُدُّ لِلشُّبْهَةِ ، وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ (٣٤) ، وَلَيْسَ لِلْابْنِ مُطَابَلَتُهُ بِشَيْءٍ مِنْ قِيَمَتِهَا ، وَلَا قِيَمَةَ وَلَدِهَا وَلَا مَهْرِهَا . وَهَلْ يُعَزَّرُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُعَزَّرُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ وَطْأً مُحَرَّمًا ، أَشْبَهَ مَا لو وَطِئَ جَارِيَةَ مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يُعَزَّرُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْتَصُّ مِنْهُ بِالْجِنَايَةِ عَلَى وَلَدِهِ ، فَلَا يُعَزَّرُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ .

فصل : وليس لغير الأبِ الأخذُ من مالِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَبَرَ وَرَدَ فِي الْأَبِ ، بقوله : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ غَيْرِ الْأَبِ (٣٥) عَلَيْهِ ، لِأَنَّ لِلْأَبِ (٣٥) وَلَايَةَ عَلَى وَلَدِهِ وَمَالِهِ إِذَا كَانَ صَغِيرًا ، وَلَهُ شَفَقَةٌ تَامَّةٌ (٣٦) ، وَحَقٌّ مُتَأَكِّدٌ ، وَلَا يَسْقُطُ

(٣٣) في م : « غلَّكهُ » .

(٣٤) سقط من : م .

(٣٥ - ٣٥) سقط من : م .

(٣٦) سقط من : الأصل .

مِيرَاتِهِ بِحَالٍ . وَالْأُمُّ لَا تَأْخُذُ ؛ لِأَنَّهَا لَا وِلَايَةَ لَهَا . وَالْجَدُّ أَيْضًا لَا يَلِي عَلَى مَالٍ وَلَدَانِيهِ ، وَشَفَقَتُهُ قَاصِرَةٌ عَنْ شَفَقَةِ الْأَبِ ، وَيُحْجَبُ بِهِ فِي الْمِيرَاثِ ، وَفِي وِلَايَةِ التَّكَاحِ . وَغَيْرُهُمَا^(٣٧) مِنَ الْأَقَارِبِ وَالْأَجَانِبِ لَيْسَ لَهُمُ الْأَخْذُ بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا امْتَنَعَ الْأَخْذُ فِي حَقِّ الْأُمِّ وَالْجَدِّ ، مَعَ مُشَارَكَتِهِمَا لِلأَبِ فِي بَعْضِ الْمَعَانِي ، فَغَيْرُهُمَا مَمْنٌ^(٣٨) لَا يُشَارِكُ الْأَبَ فِي ذَلِكَ أَوَّلَى .

٩٣٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَحِلُّ لَوَاهِبٍ أَنْ يَرْجَعَ فِي هَيْبَتِهِ ، وَلَا لِمُهْدٍ أَنْ يَرْجَعَ فِي هَدْيَتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُغْ عَلَيْهَا)

يعنى وإن لم يُعَوِّضَ عنها^(١) . وَأَرَادَ مِنْ عَدَا الْأَبِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ذَكَرَ أَنَّ لِلأَبِ الرَّجُوعَ ، بِقَوْلِهِ : « أَمِيرَ بَرْدِهِ » . فَأَمَّا غَيْرُهُ فَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِي هَيْبَتِهِ وَلَا هَدْيَتِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ التَّحَمِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : مَنْ وَهَبَ لِغَيْرِ ذِي رَحِمٍ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ ، مَا لَمْ يَثْبُغْ عَلَيْهَا ، وَمَنْ وَهَبَ لَذِي رَحِمٍ ، فَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ^(٢) ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَاحْتَجُّوا بِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَيْبَتِهِ ، مَا لَمْ يَثْبُغْ مِنْهَا » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَةَ ، فِي « سُنَنِهِ »^(٣) . وَبَقَوْلِ عُمَرَ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ لَهُ عَنْهَا عَوِّضٌ ، فَجَازَ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ، كَالْعَارِيَّةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْعَائِدُ فِي هَيْبَتِهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ » . وَفِي لَفْظٍ : « كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ » . وَفِي رِوَايَةٍ إِنَّهُ « لَيْسَ لَنَا مَثَلُ السَّوِّءِ ، الْعَائِدُ فِي هَيْبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) ، وَأَيْضًا

(٣٧) في م : « وغيرها » .

(٣٨) في م : « مما » .

(١) في الأصل : « عليها » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٢ .

(٣) في : باب من وهب هبة رجاء ثوابها ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٨/٢ .

(٤) اللفظ الأول تقدم تخريجه في : ١٠٤/٤ .

والثاني أخرجه البخارى ، في : باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها ... ، من كتاب الهبة . صحيح =

قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُعْطَى عَطِيَّةٌ ، فَيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطَى وَلَدَهُ » . وقد ذَكَرْنَاهُ^(٥) . وَرَوَى عُمَرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ أَنَّ نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا يَرْجِعُ وَاهِبٌ فِي هَبِّهِ ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطَى وَلَدَهُ »^(٦) . وَلأنَّهُ وَاهِبٌ لَا وَلَايَةَ لَهُ فِي الْمَالِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ فِي هَبِّهِ ، كَذَى الرَّجْمِ الْمَحْرَمِ . وَأَحَادِيثُنَا أَصَحُّ مِنْ أَحَادِيثِهِمْ^(٧) وَأَوَّلَى . وَقَوْلُ عُمَرَ ، قَدْ رَوَى عَنْ ابْنِهِ وَابْنِ عَبَّاسٍ خِلَافَهُ . وَأَمَّا الْعَارِيَّةُ فَأَيْنَمَا هِيَ هَبٌّ الْمَنَافِعِ ، وَلَمْ يَحْصُلِ الْقَبْضُ فِيهَا . فَإِنْ قَبَضَهَا بِاسْتِيفَائِهَا ، فَتُظَيَّرُ مَسْأَلَتُنَا مَا اسْتَوْفَى مِنْ مَنَافِعِ الْعَارِيَّةِ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهَا .

فصل : فحصل الاتفاق على أن ما وهبه الإنسان لِذَوِي رَجْمِهِ الْمَحْرَمِ غَيْرِ وَلَدِهِ ، لَا رُجُوعَ فِيهِ . وَكَذَلِكَ مَا وَهَبَ الزَّوْجُ لِامْرَأَتِهِ . وَالْخِلَافُ فِيمَا عَدَا هَؤُلَاءِ ، فَعِنْدَنَا لَا يَرْجِعُ إِلَّا الْوَالِدُ ، وَعِنْدَهُمْ لَا يَرْجِعُ إِلَّا الْأَجَنَبِيُّ . فَأَمَّا هَبُّ الْمَرْأَةِ لِزَوْجِهَا ، فَعَنْ أَحْمَدَ فِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا رُجُوعَ لَهَا فِيهَا . وَهَذَا قَوْلُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالتَّحِيصِيُّ ، وَرَبِيعَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَقَتَادَةَ . وَالثَّانِيَةُ ، لَهَا الرُّجُوعُ . قَالَ الْأَثَرُمُ : سَمِعْتُ أَحْمَدَ يُسْأَلُ عَنِ الْمَرْأَةِ تَهَبُ ، ثُمَّ تَرْجِعُ ، فَرَأَيْتُهُ يَجْعَلُ النِّسَاءَ غَيْرَ الرِّجَالِ . ثُمَّ ذَكَرَ الْحَدِيثَ : « إِنَّمَا يَرْجِعُ

= البخارى ٢٠٧/٣ . وابن ماجه ، فى : باب الرجوع فى الهبة ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٧/٢ .
والثالث أخرجه البخارى ، فى : باب لا يحل لأحد أن يرجع فى هبته وصدقته ، من كتاب الهبة ، وفى : باب
فى الهبة والشفعة ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٢١٥/٣ ، ٣٥/٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية
الرجوع فى الهبة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٣٠١/٥ . والنسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف لخير
عبد الله بن عباس فيه ، من كتاب الهبة . المجتبى ٢٢٤/٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢١٧/٢ .
(٥) تقدم تخريجهم فى صفحة ٢٦٢ .

(٦) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام
أحمد ، فى : المسند ١٨٢/٢ . والبيهقى ، فى : باب من قال لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب لأحد ... ، من
كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٧٩/٦ ، ١٨٠ .

(٧) فى م : « أحاديثهم » .

فِي الْمَوَاهِبِ النِّسَاءُ وَشِرَارُ الْأَقْوَامِ ^(٨) . وَذَكَرَ حَدِيثَ عَمْرٍ : إِنَّ النِّسَاءَ يُعْطِينَ
أَزْوَاجَهُنَّ رَغَبَةً وَرَهْبَةً ، فَإِذَا امْرَأَةٌ أَعْطَتْ زَوْجَهَا شَيْئًا ، ثُمَّ أَرَادَتْ أَنْ تَعْتَصِرَهُ ، فَهِيَ
أَحَقُّ بِهِ . رَوَاهُ الْأَثَرُمُ بِإِسْنَادِهِ ^(٩) . وَهَذَا قَوْلُ شُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَحَكَاةُ الزُّهْرِيِّ
عَنِ الْقُضَاةِ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ثَلَاثَةً ، نَقَلَهَا أَبُو طَالِبٍ ، إِذَا وَهَبْتَ لَهُ مَهْرَهَا ،
فَإِنْ كَانَ سَأَلَهَا ذَلِكَ ، رَدَّهُ إِلَيْهَا ، رَضِيَتْ أَوْ كَرِهَتْ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَهَبُ إِلَّا مَخَافَةَ غَضَبِهِ ،
أَوْ ^(١٠) إِضْرَارٍ بِهَا ^(١١) ، بِأَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَأَلَهَا ، وَتَبَرَّعَتْ بِهِ ، فَهُوَ جَائِزٌ .
فَظَاهِرُ هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، أَنَّهُ مَتَى كَانَتْ مَعَ الْهَبَةِ قَرِينَةٌ ، مِنْ مَسْأَلَتِهِ لَهَا ، أَوْ غَضَبِهِ عَلَيْهَا ،
أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَى خَوْفِهَا مِنْهُ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّ شَاهِدَ الْحَالِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَمْ تُطِيبْ بِهَا
نَفْسَهَا ، وَإِنَّمَا أَبَاحَهُ اللَّهُ تَعَالَى عِنْدَ طِيبِ نَفْسِهَا ، بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ
شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾ ^(١٢) . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ الرِّوَايَةِ الْأُولَى ،
وَهُوَ اخْتِيَارُ أَيْ بَكْرٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ
النِّكَاحِ ﴾ ^(١٣) . / وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا
مَّرِيئًا ﴾ . وَعُمُومُ الْأَحَادِيثِ الَّتِي قَدَّمْنَاهَا .

فصل : وَلَا يَجُوزُ لِلْمَتَصَدِّقِ الرُّجُوعُ فِي صَدَقَتِهِ ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ عَمْرًا قَالَ
فِي حَدِيثِهِ : مَنْ وَهَبَ هَبَةً عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا ^(١٤) . مَعَ عُمُومِ
أَحَادِيثِنَا ، فَاتَّفَقَ دَلِيلُهُمْ وَدَلِيلُنَا ، فَلَذَلِكَ اتَّفَقَ قَوْلُهُمْ وَقَوْلُنَا .

(٨) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب العائد في هبته ، من كتاب المواهب . المصنف ١١١/٩ . والطحاوي ، في :

باب الرجوع في الهبة ، من كتاب الهبة والصدقة . شرح معاني الآثار ٨٢/٤ .

(٩) وأخرجه عبد الرزاق بنحوه ، في : باب هبة المرأة لزوجها ، من كتاب المواهب . المصنف ١١٥/٩ .

(١٠ - ١٠) في الأصل : « احتراز » .

(١١) سورة النساء ٤ .

(١٢) سورة البقرة ٢٣٧ .

(١٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٢ .

فصل : والهِبَةُ الْمُطْلَقَةُ ، لَا تَقْتَضِي ثَوَابًا ، سِوَاءَ كَانَتْ مِنَ الْإِنْسَانِ لِمِثْلِهِ أَوْ دُونِهِ أَوْ أَعْلَى مِنْهُ . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي في الهبة لمثله أو دونه كقولنا . فإن كانت لأعلى منه ، ففيها قولان ؛ أحدهما ، أنها تقتضي الثواب . وهو قول مالك ، لقول عمر ، رضي الله عنه : **ومن وهب هبة أراد بها الثواب ، فهو على هيئته ، يرجع فيها إذا لم يرض منها**^(١٤) . ولنا ، أنها عطية على وجه التبرع ، فلم تقتض ثوابا ، كهيبة المثل والوصية ، وحديث عمر قد خالفه ابنه وابن عباس ، فإن عوضه عن الهبة ، كانت هبة مبتدأة لا عوضا ، أيهما أصاب عينا لم يكن له الرد . وإن خر جت مستحقة ، أخذها صاحبها ، ولم يرجع الموهوب له يبدلها . فإن شرط في الهبة ثوابا معلوما ، صح . نص عليه أحمد ؛ لأنه تمليك بعوض معلوم ، فهو كالبيع ، وحكمها حكم البيع ، في ضمان الدرك ، وثبوت الخيار والشفعة . وبهذا قال أصحاب الرأي . ولأصحاب الشافعي قول ، أنه لا يصح ؛ لأنه شرط في الهبة ما يتألف مقتضاها . ولنا ، أنه تمليك بعوض ، فصح ما لو قال : **ملكك هذا بذرهم** . فإنه لو أطلق التمليك كان هبة ، وإذا ذكر العوض صار بيعا . وقال أبو الخطاب : وقد روى عن أحمد ما يقتضي أن يغلب في هذا حكم الهبة ، فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به . فأما إن شرط ثوابا مجهولا ، لم يصح ، وفسدت الهبة ، وحكمها حكم البيع الفاسد ، يردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة ؛ لأنه نماء ملك الواهب . وإن كانت تالفة^(١٥) ، رد قيمتها . وهذا قول الشافعي ، وأبي ثور . وظاهر كلام أحمد ، رحمه الله ، أنها تصح ، فإذا أعطاه عنها عوضا رضي به ، لزم العقد بذلك ، فإنه قال ، في رواية محمد بن الحكم : **إذا قال الواهب : هذا لك على أن تيسيني** . فله أن يرجع إذا لم يشبهه ، لأنه شرط . وقال ، في رواية إسماعيل بن سعيد : **إذا وهب له على وجه الإثابة ،**

(١٤) تقدم ترجمته في صفحة ٢٦٢ .

(١٥) في الأصل : « باقية » .

فلا يجوزُ إلا أن يُثبته عنها^(١٦) ، فعلى هذا عليه أن يُعطيه حتى يرضيه ، فإن لم يفعل فللواهب الرجوع . ويَحْتَمِلُ أن يُعطيه قدر قيمتها . والأوّل أصح ؛ لأنّ هذا ينع ، فيعتبر فيه التراضي ، إلا أنه / ينع بالمعاطاة ، فإذا عوضه عوضاً رضى به ، حصل البيع ١٧٩/٥ ط بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها ، وإن لم يحصل التراضي ، لم يصح ؛ لعدم العقد ، فإنه لم يوجد الإيجاب والقبول ولا المعاطاة مع التراضي . والأصل في هذا قول عمر ، رضى الله عنه : مَنْ وَهَبَ هَبَةً أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ ، فَهُوَ عَلَى هَيْبَةٍ ، يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا . وَرَوَى مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَفَضَالَةَ بْنِ عُبَيْدٍ ، وَمَالِكِ بْنِ أَنَسٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي يَرَى أَنَّ الْهَبَةَ الْمُطْلَقَةَ تَقْتَضِي ثَوَابًا . وَقَدْ رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ أَعْرَابِيًّا وَهَبَ لِلنَّبِيِّ ﷺ نَاقَةً ، فَأَعْطَاهُ ثَلَاثًا فَأُتِيَ ، فَرَادَهُ ثَلَاثًا ، فَأُتِيَ ، فَرَادَهُ ثَلَاثًا ، فَلَمَّا كَمُلَتْ تَسْنَعًا ، قَالَ : رَضِيتُ : فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ لَا أَتُهِبَ إِلَّا مِنْ قُرْشِيٍّ أَوْ أَنْصَارِيٍّ أَوْ ثَقَفِيٍّ أَوْ دَوْسِيٍّ » . مِنْ « الْمُسْنَدِ »^(١٧) . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا تَغَيَّرَتِ الْعَيْنُ الْمُؤَهَّبَةُ بِزِيَادَةٍ أَوْ نَقْصَانٍ ، وَلَمْ يُثْبِتْ مِنْهَا ، فَلَا أَرَى عَلَيْهِ نَقْصَانَ مَا نَقَصَ عِنْدَهُ إِذَا رَدَّهَ إِلَى صَاحِبِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ثَوْبًا لِبَسَهُ ، أَوْ غُلَامًا اسْتَعْمَلَهُ ، أَوْ جَارِيَةً اسْتَحْدَمَهَا ، فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ إِذَا نَقَصَ فَلَاشَى عَلَيْهِ ، فَكَانَ عِنْدِي مِثْلُ الرَّهْنِ ، الزِّيَادَةُ وَالتَّنْقِصَانُ لِصَاحِبِهِ .

٩٣٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ : ذَارِي لَكَ عُمْرِي . أَوْ هِيَ لَكَ عُمْرُكَ . فَهِيَ لَهُ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ)

العُمَرَى والرُّقْبَى : نَوْعَانِ مِنَ الْهَبَةِ ، يَفْتَقِرَانِ إِلَى مَا يَفْتَقِرُ إِلَيْهِ سَائِرُ الْهَبَاتِ مِنْ

(١٦) في الأصل : « مِنْهَا » .

(١٧) المسند ٢/٢٤٧ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب العمري . المجتبى ٦/٢٣٧ . وعبد الرزاق ، في : باب الهبات ، من كتاب المواهب . المصنف ٩/١٠٥ ، ١٠٦ .

الإيجاب والقبول والقبض ، أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره . وصورة العُمري أن يقول الرجل : أَعْمَرْتُكَ دَارِي هَذِهِ ، أو هِيَ لَكَ عُمْرِي ، أو مَا عِشْتُ ، أو مُدَّةَ حَيَاتِكَ ، أو مَا حَيَّيْتُ ، أو نحو هذا . سُمِّيَتْ عُمْرِي لِتَقْيِيدِهَا بِالْعُمْرِ . والرُّقْبَى : أَنْ يَقُولَ : أَرْقَيْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ ، أو هِيَ لَكَ حَيَاتُكَ ، عَلَى أَنَّكَ إِنْ مِتُّ قَبْلِي عَادَتْ إِلَى ، وَإِنْ مِتُّ قَبْلَكَ فَهِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ . فكأنَّه يقول : هِيَ لِآخِرِنَا مَوْتًا . وبذلك سُمِّيَتْ رُقْبَى ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَرْقُبُ مَوْتَ صَاحِبِهِ . وكلاهما جائِزٌ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَحُكِيَ عَنْ بَعْضِهِمْ أَنَّهَا لَا تَصِحُّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا تُعْمِرُوا وَلَا تُرْقِبُوا »^(١) . وَلَنَا ، مَا رَوَى جَابِرٌ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الْعُمْرَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا ، وَالرُّقْبَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٢) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . فَأَمَّا النَّهْيُ ، فَأَيْمًا وَرَدَ عَلَى سَبِيلِ الْإِعْلَامِ لَهُمْ إِنَّكُمْ إِنْ أَعْمَرْتُمْ أَوْ أَرْقَبْتُمْ يَعُدُّ لِلْمُعْمَرِ وَالْمُرْقَبِ ، وَلَمْ يَعُدَّ إِلَيْكُمْ مِنْهُ شَيْءٌ . وَسِيَاقُ الْحَدِيثِ يُدَلُّ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ^(٣) قَالَ : « فَمَنْ أَعْمَرَ عُمْرِي ، فَهِيَ لِمَنْ أَعْمَرَ هَاحِيًا وَمَيِّتًا وَعَقِبِهِ » . وَلَوْ أُرِيدَ بِهِ حَقِيقَةُ النَّهْيِ ، لَمْ يَمْنَعْ / ذَلِكَ صِحَّتُهَا ؛ فَإِنَّ النَّهْيَ إِثْمًا يَمْنَعُ صِحَّةَ مَا يُفِيدُ الْمَنْهَى عَنْهُ فَائِدَةً ، أَمَّا إِذَا كَانَ صِحَّةُ الْمَنْهَى عَنْهُ ضَرَرًا عَلَى مُرْتَكِبِهِ ، لَمْ يَمْنَعْ صِحَّتَهُ ، كَالطَّلَاقِ فِي زَمَنِ الْحَيَضِ ، وَصِحَّةُ الْعُمْرَى ضَرَرٌ عَلَى الْمُعْمَرِ ،^(٤) فَإِنَّ مَلَكَهُ يَزُولُ^(٥) بِغَيْرِ عَوَضٍ . إِذَا

١٨٠/٥ و

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٦٤ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين ... ، من كتاب العمري . المجتبى ٦/٢٣٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٤/٢ ، ٧٣ .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في الرقبي ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٣٦٥ . والتِّرْمِذِيُّ ، في : باب ما جاء في الرقبي ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٠١/٦ والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمري ، من كتاب العمري . المجتبى ٦/٢٣٢ ، وابن ماجه ، في : باب الرقبي ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٢٩٧ ، ٣٠٣ .

(٣) في م : « فإن » .

(٤ - ٥) في الأصل : « فإنه يزول ملكه » .

ثَبَّتَ هذا ، فَإِنَّ الْعُمَرَى تَنْقُلُ الْمِلْكَ إِلَى الْمُعْمَرِ . وبهذا قال جابر بن عبد الله ، وابن عمر ، وابن عباس ، وشريح ، ومجاهد ، وطاوس ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ورؤي ذلك عن علي . وقال مالك ، والليث : الْعُمَرَى تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ ، لَا تَمْلِكُ بَهَارَقَةَ الْمُعْمَرِ بِحَالٍ ، ويكون للمُعْمَرِ السُّكْنَى ، فإذا مات عادت إلى الْمُعْمَرِ . وإن قال : له ولعقبه . كان سُكْنَاهَا لَهُمْ ، فإذا انْقَرَضُوا عادت إلى الْمُعْمَرِ . واحتجَّ جابر بن يحيى بن سعيد ، عن عبد الرحمن بن القاسم ، قال : سَمِعْتُ مَكْحُولًا يَسْأَلُ الْقَاسِمَ بن محمد عن الْعُمَرَى ، ما يقول الناس فيها ؟ فقال القاسم : ما أَدْرَكَتُ النَّاسَ إِلَّا عَلَى شُرُوطِهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ وَمَا أُعْطُوا . وقال إبراهيم بن إسحاق الحربي ، عن ابن الأعرابي : لَمْ يَخْتَلِفِ الْعَرَبُ فِي الْعُمَرَى ، وَالرُّقْبَى ، وَالْإِفْقَارِ ^(٥) ، وَالْإِحْبَالِ ^(٦) ، وَالْمِنْحَةِ ^(٧) ، وَالْعَرِيَّةِ ، وَالْعَارِيَّةِ ، وَالسُّكْنَى ، وَالْإِطْرَاقِ ، أَنَّهَا عَلَى مِلْكٍ أَرْبَابُهَا ، وَمَنَافِعُهَا لِمَنْ جُعِلَتْ لَهُ . وَلَأَنَّ التَّمْلِيكَ لَا يَتَأَقَّتْ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ إِلَى مُدَّةٍ ، فَإِذَا كَانَ لَا يَتَأَقَّتْ ، حُمِلَ قَوْلُهُ عَلَى تَمْلِيكِ الْمَنَافِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ تَوْقِيتُهُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى جَابِرٌ قَالَ : قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ ، وَلَا تُفْسِدُوهَا ، فَإِنَّهُ مَنْ أَعْمَرَ عُمَرَى ، فَهِيَ لِلَّذِي أَعْمَرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا وَلِعَقِبِهِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(٨) . وَفِي لَفِظٍ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْعُمَرَى لِمَنْ وَهَبَتْ لَهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٩) .

(٥) الإفقار : أن يعطى الرجل الرجل دابته ، فيركبها ما أحب في سفر أو حضر ، ثم يردّها عليه .

(٦) الإحبال : أن يعطى الرجل الرجل البعير أو الناقة ليركبها ، فيجتز ببرها ، وينتفع بها ، ثم يردّها .

(٧) في الأصل : « المنحة » . والمنحة : أي يمنح الرجل أخاه ناقة أو شاة ، فيحتلبها عاما أو أقل أو أكثر .

(٨) أخرجه مسلم ، في : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ ، ١٢٤٧ . وأبو داود ،

في : باب في الرقبي ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٦٥ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين

لخير جابر في العمرى ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣١ . وابن ماجه ، في : باب العمرى ، من كتاب

الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣١٢ ، ٣٨٦ .

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب ما قيل في العمرى ... ، من كتاب الهبة : صحيح البخاري ٣/٢١٦ . ومسلم ،

في : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في العمرى ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٦٣ . والنسائي ، في :

باب ذكر اختلاف يحيى بن أبي كثير ... ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٤ . والإمام أحمد ، في : المسند

٣/٣٠٤ ، ٣٩٣ .

وَرَوَى ابْنُ مَاجَهَ (١٠)، عَنْ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا رُقْبَى، فَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا، فَهُوَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ». وَعَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الْعُمَرَى لِلْوَارِثِ (١١). وَقَدْ رَوَى مَالِكٌ حَدِيثَ الْعُمَرَى، فِي «مَوْطِئِهِ» (١٢)، وَهُوَ صَحِيحٌ رَوَاهُ جَابِرٌ، وَابْنُ عُمَرَ، وَابْنُ عَبَّاسٍ (١٣)، وَمُعَاوِيَةُ، وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ (١٤). وَقَوْلُ الْقَاسِمِ لَا يُقْبَلُ فِي مُخَالَفَةِ مَنْ سَمِعْنَا مِنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ، فَكَيْفَ يُقْبَلُ فِي مُخَالَفَةِ قَوْلِ (١٥) سَيِّدِ الْمُرْسَلِينَ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يُدْعَى لِجَمَاعِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، لِكَثْرَةِ مَنْ قَالَ بِهَا مِنْهُمْ، وَقَضَى بِهَا طَارِقُ (١٦) بِالْمَدِينَةِ بِأَمْرِ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ. وَقَوْلُ ابْنِ الْأَعْرَابِيِّ: إِنَّهَا عِنْدَ الْعَرَبِ تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ. لَا يَضُرُّ إِذَا نَقَلَهَا الشَّرْعُ إِلَى تَمْلِكِ الرُّقْبَةِ، كَمَا نَقَلَ الصَّلَاةَ مِنَ الدُّعَاءِ إِلَى الْأَفْعَالِ الْمَنْظُومَةِ، وَنَقَلَ الظَّهَارَ وَالْإِبْلَاءَ مِنَ الطَّلَاقِ إِلَى أَحْكَامِ مَخْصُوصَةٍ. قَوْلُهُمْ: إِنَّ / التَّمْلِكَ لَا يَتَأَقُّثُ. قُلْنَا: فَلِذَلِكَ أَبْطَلَ الشَّرْعُ تَأَقُّثَهَا، وَجَعَلَهَا تَمْلِكًا مُطْلَقًا.

١٨٠/٥ ظ

(١٠) في: باب الرقبي، من كتاب الهبات. سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢.

كما أخرجه الإمام أحمد، في: المسند ٣٤/٢، ٧٣.

(١١) أخرجه النسائي، في: باب ذكر الاختلاف على أبي الزبير، من كتاب الرقبي، ومن كتاب العمري. المجتبى ٢٢٨/٦، ٢٢٩. وابن ماجه، في: باب العمري، من كتاب الهبات. سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢. والإمام أحمد، في: المسند ١٨٩/٥.

(١٢) في: باب القضاء في العمري، من كتاب الأفضية، الموطأ ٧٥٦/٢.

(١٣) أخرجه النسائي، في: باب ذكر الاختلاف على أبي الزبير، من كتاب الرقبي، ومن كتاب العمري. المجتبى ٢٢٧/٦، ٢٢٩.

(١٤) أخرجه البخاري، في: باب ما قيل في العمري والرقبي ...، من كتاب الهبة. صحيح البخاري ٢١٦/٣. ومسلم، في: باب العمري، من كتاب الهبات. صحيح مسلم ١٢٤٨/٣. وأبو داود، في: باب في العمري، من كتاب البيوع. سنن أبي داود ٢٦٣/٢. والنسائي، في: باب ذكر اختلاف يحيى بن أبي كثير ...، من كتاب العمري. المجتبى ٢٣٥/٦.

(١٥) سقط من: الأصل.

(١٦) هو طارق بن عمرو مولى عثمان. انظر أخبار القضاة لوكيع ١٢٤/١.

فصل : إذا شَرَطَ في العُمَرَى أَنَّهَا لِلْمُعْمَرِ وَعَقِبِهِ ، فهذا تأكيدٌ لِحُكْمِهَا ، وتكون لِلْمُعْمَرِ وَلِوَرَثَتِهِ . وهذا قول جميع القائلين بها . وإذا أطلقها فهي لِلْمُعْمَرِ وَلِوَرَثَتِهِ أيضا ؛ لأنها تمليكٌ لِلرَّقَبَةِ ، فأشبهت الهبة . فإن شَرَطَ أَنَّكَ إِذَا مِتُّ فهي لى . فعن أحمدَ رِوَايتَانِ ؛ إحداهما ، صِحَّةُ الْعَقْدِ وَالشَّرْطِ ، ومتى ماتَ الْمُعْمَرُ رَجَعَتْ إلى الْمُعْمَرِ . وبه قال القاسمُ بن محمد ، وزَيْدُ بن قَسيط^(١٧) ، والزُّهْرِيُّ ، ومَالِكٌ ، وأبو سَلَمَةَ بن عبد الرَّحْمَنِ ، وابنُ أُمِي ذَنْبٍ^(١٨) ، ومَالِكٌ ، وأبو ثَوْرٍ ، وداوُدُ . وهو أحدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لما رَوَى جَابِرٌ ، قال : إِنَّمَا العُمَرَى التي أَجَازَ رسولُ اللَّهِ ﷺ أن يقول : هي لَكَ وَلِعَقِبِكَ . فأما إِذَا قال : هي لَكَ مَا عِشْتَ . فإنها تَرْجِعُ إلى صَاحِبِهَا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٩) . وَرَوَى مَالِكٌ ، في « مُوطَّئِهِ »^(٢٠) ، عن جَابِرٍ ، أَنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال : « أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمَرَى لَهُ ، وَلِعَقِبِهِ ، فَإِنَّهَا لِلَّذِي أُعْطِيَهَا ، لَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أُعْطَاهَا » . لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِثُ . وقال القاسمُ بن محمد : ما أَدْرَكَتْ النَّاسَ إِلَّا على شُرُوطِهِمْ في أَمْوَالِهِمْ . والرواية الثانية ، أَنَّها تكون لِلْمُعْمَرِ وَلِوَرَثَتِهِ ، وَيَسْقُطُ الشَّرْطُ . وهذا قول الشَّافِعِيِّ الْجَدِيدِ ، وقول أبي حنيفة . وهو ظاهرُ الْمَذْهَبِ . نَصٌّ عليه أحمدُ ، في رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ؛ لِلأَحَادِيثِ الْمُطْلَقَةِ التي ذَكَرْنَاهَا ، وقول رسولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا رُقْبَى ، فَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ فِي حَيَاتِهِ وَمَوْتِهِ » . وقال

(١٧) في ١ ، م : « زيد » . وانظر : الإكمال ٣٣٩/٧ .

(١٨) في الأصل : « ذؤيب » .

(١٩) أخرجه مسلم ، في : باب العمرى ، من كتاب الهبات ، صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٤/٣ .

ولم نجده في البخارى : انظر الإرواء ٥٥/٦ ، واللؤلؤ والمرجان ١٨٦/٢ .

(٢٠) في : باب القضاء في العمرى ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥٦/٢ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب العمرى ، من كتاب الهبات ، صحيح مسلم ١٢٤٥/٣ . وأبو داود ، في : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٤/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في العمرى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٩٩/٦ . والنسائي ، في : باب ذكر الاختلاف على الزهري فيه ، من كتاب العمرى . المجتبى ٢٣٣/٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٦٠/٣ ، ٣٩٩ .

مجاهدٌ : الرُّقْبَى أن يقول هي للآخر مِنِّي وَمِنْكَ مَوْتًا . وَرَوَى الإمامُ أحمدُ^(٢١) ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا عُمَرَى ، وَلَا رُقْبَى ، فَمَنْ أُعْمِرَ شَيْئًا ، أَوْ أُرْقِبَهُ ، فَهُوَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ » . وَهَذَا صَرِيحٌ فِي إِبْطَالِ الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ الرُّقْبَى يُشْتَرَطُ فِيهَا عَوْدُهَا إِلَى الْمُرْقَبِ إِنْ مَاتَ الْآخَرُ قَبْلَهُ . وَأَمَّا حَدِيثُهُمُ الَّذِي اخْتَجُّوا بِهِ ، فَمِنْ قَوْلِ جَابِرٍ نَفْسِهِ ، وَأَمَّا نَقْلُ لَفْظِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : « أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ ، وَلَا تُفْسِدُوهَا ، فَإِنَّهُ مَنْ أُعْمِرَ عُمَرَى فَهِيَ لِلَّذِي أُعْمِرَهَا ، حَيًّا وَمَيِّتًا ، وَلِعَقِبِهِ » . وَلَئِنَّا لَوْ أَجَزْنَا هَذَا الشَّرْطَ ، كَانَتْ هِبَةً مُؤَقَّتَةً ، وَالْهِبَةُ لَا يَجُوزُ فِيهَا التَّائِيْتُ^(٢٢) ، وَلَمْ يُفْسِدْهَا الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ عَلَى الْمُعْمَرِ ، وَإِنَّمَا شَرَطُ ذَلِكَ عَلَى وَرَثَتِهِ ، وَمَتَى لَمْ يَكُنِ الشَّرْطُ مَعَ الْمَعْقُودِ مَعَهُ ، لَمْ يُؤْثَرْ فِيهِ . وَأَمَّا قَوْلُهُ فِي الْحَدِيثِ الْآخَرِ : إِنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ . / فَهَذِهِ الزِّيَادَةُ مِنْ كَلَامِ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، كَذَلِكَ رَوَاهُ ابْنُ أَبِي ذَنْبٍ^(٢٣) ، وَفَصَّلَ هَذِهِ الزِّيَادَةَ فَقَالَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، إِنَّهُ قَضَى فِي مَنْ أُعْمِرَ عُمَرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ ، فَهِيَ لَهُ بَتْلَةٌ^(٢٤) ، لَا يَجُوزُ لِلْمُعْطَى فِيهَا شَرْطٌ وَلَا مَثْنَوِيَّةٌ^(٢٥) . قَالَ أَبُو سَلَمَةَ : لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ .

١٨١/٥ و

فصل : وَالرُّقْبَى هِيَ أَنْ يَقُولَ : هَذَا لَكَ عُمَرَاكَ ، فَإِنْ مِتَّ قَبْلِي رَجَعَ إِلَيَّ ، وَإِنْ مِتَّ قَبْلَكَ فَهُوَ لَكَ . وَمَعْنَاهُ هِيَ لِآخِرِنَا مَوْتًا . وَكَذَلِكَ فَسَّرَهَا مُجَاهِدٌ . سُمِّيَتْ رُقْبَى لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَرْقُبُ مَوْتَ صَاحِبِهِ . وَقَدَرُوا عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ قَالَ : هِيَ أَنْ يَقُولَ : هِيَ لَكَ حَيَاتُكَ ، فَإِذَا مِتَّ فَهِيَ لِفُلَانٍ ، أَوْ هِيَ رَاجِعَةٌ إِلَيَّ . وَالْحُكْمُ فِيهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ

(٢١) في : المسند ٣٤/٢ ، ٧٣ .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في الأصل : « ذُوْب » .

وأخرج الحديث مسلم ، في : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ . والنسائي ، في باب ذكر الاختلاف على الزهري فيه ، من كتاب العمرى . المجتبى ٢٣٣/٦ .

(٢٤) بتلة : مقطوعة .

(٢٥) المثنوية : الاستثناء .

ذَكَرَهُ ، وَأَنَّهَا كَالْعُمَرَى إِذَا شَرَطَ عَوْدَهَا إِلَى الْمُعْمِرِ . وَقَالَ عَلِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ :
 الْعُمَرَى وَالرُّقْبَى سَوَاءٌ . وَقَالَ طَاوُسٌ : مَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا فَهُوَ عَلَى سَبِيلِ الْمِيرَاثِ . وَقَالَ
 الرَّهْرِيُّ : الرُّقْبَى وَصِيَّةٌ . يَعْنِي أَنَّ مَعْنَاهَا إِذَا مِتُّ فَهَذَاكَ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَمَالِكٌ ،
 وَأَبُو حَنِيفَةَ : الرُّقْبَى بَاطِلَةٌ ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى ، وَأَبْطَلَ
 الرُّقْبَى ^(٢٦) . وَلِأَنَّ مَعْنَاهَا أَنَّهَا لِلْآخِرِ مِنَّا ، وَهَذَا تَمْلِيكَ مُعَلَّقٌ بِخَطَرٍ ، وَلَا يَجُوزُ تَغْلِيْقُ
 التَّمْلِيكِ بِالْخَطَرِ . وَلَنَا ، مَا رَوَيْنَاهُ مِنَ الْأَخْبَارِ ، وَحَدِيثُهُمْ لَا نَعْرِفُهُ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ
 مَعْنَاهَا مَا ذَكَرُوهُ ، بَلْ مَعْنَاهَا أَنَّهَا لِحَيَاتِكَ ، فَإِنْ مِتُّ رَجَعْتُ إِلَى . فَتَكُونُ كَالْعُمَرَى
 سَوَاءً ، إِلَّا أَنَّهُ زَادَ شَرْطُهَا لِوَرَثَةِ الْمُرْقَبِ ، إِنْ مَاتَ الْمُرْقَبُ قَبْلَهُ ، وَهَذَا يَبِينُ تَأْكِيدَهَا
 عَلَى الْعُمَرَى .

فصل : وَتَصِحُّ الْعُمَرَى فِي غَيْرِ الْعَقَارِ ، مِنَ الْحَيَوَانِ ، وَالنَّبَاتِ ^(٢٧) ؛ لِأَنَّهَا تَوْعُّ
هَبَةً ، فَصَحَّحْتُ فِي ذَلِكَ ، كَسَائِرِ الْهَبَاتِ . وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ فِي الرَّجْلِ يُعْمَرُ الْجَارِيَةَ :
فَلَا أَرَى لَهُ وَطْأَهَا . قَالَ الْقَاضِي : لَمْ يَتَوَقَّفْ أَحْمَدُ عَنْ وَطْءِ الْجَارِيَةِ لِعَدَمِ الْمِلْكِ فِيهَا ،
لَكِنْ عَلَى طَرِيقِ الْوَرَعِ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ اسْتِبَاحَةٌ فَرَجَ ، وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي صِحَّةِ الْعُمَرَى ،
وَجَعَلَهَا بَعْضُهُمْ تَمْلِيكَ الْمَنَافِعِ ، فَلَمْ يَرَ لَهُ وَطْأَهَا لِهَذَا ، وَلَوْ وَطْأَهَا كَانَ جَائِزًا .

(٢٦) حديث إجازة العمرى ، أخرجه البخارى ، فى : باب ما قيل فى العمرى ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى
 ٢١٦/٣ . ومسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٨/٣ . وأبو داود ، فى : باب
 فى العمرى ، وباب من قال فيه : ولعقبه ، وباب فى الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٣/٢ ، ٢٦٤ ،
 ٢٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العمرى ، وباب ما جاء فى الرقبى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى
 ٩٩/٦ ، ١٠٠ ، ١٠١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٥٠/١ ، ٣٤٧ ، ٤٢٩ ، ٤٦٨ ، ٤٨٩ ، ٢٩٧/٣ ، ٣٠٣ ،
 ٣٩٢ ، ٣٦٤ ، ٣٦١ ، ٣١٩ .

وحديث النبى عن الرقبى . أخرجه النسائى ، فى : باب الاختلاف على أبى الزبير ، من كتاب الرقبى . المجتبى
 ٢٢٧/٦ . وابن ماجه ، فى : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ، فى :
 المسند ٢٦/٢ ، ٣٤ ، ٧٣ ، ١٨٩/٥ .

(٢٧) فى م : « والثياب » .

فصل : وإن وَقَّتْ الهبة إلى غير العُمري والرَّقبي ، فقال : وَهَبْتُكَ هَذَا لِسِنَةٍ ، أو إلى أن يقدِّم الحاجُّ ، أو إلى أن يُلِّغَ وَلَدِي ، أو مُدَّةَ حَيَاةِ فُلَانٍ . ونحو هذا ، لم يَصِحَّ ؛ لأنها تَمْلِكُكَ لِلرَّقْبَةِ ، فلم تَصِحَّ مُوقَّتَةً ، كالْبَيْعِ ، وتُفَارِقُ العُمري والرَّقبي ؛ لأنَّ الإنسانَ إِنَّمَا يَمْلِكُ الشَّيْءَ عُمَرَهُ ، فإذا مَلَكَه عُمَرُهُ فَقَدْ وَقَّتَهُ بِمَا هُوَ مُوقَّتٌ بِهِ فِي الْحَقِيقَةِ ، فَصَارَ ذَلِكَ كَالْمُطْلَقِ . وإن شَرَطَ رُجُوعَهَا إِلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ ، كَانَ شَرْطًا عَلَى غَيْرِ الْمُوْهُوبِ / له ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ .

٩٣٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَالَ : سَكُنْهَا لَكَ عُمَرُكَ . كَانَ لَهُ اخْتُذَهَا أَيَّ وَقْتٍ أَحَبَّ ؛ لِأَنَّ السُّكْنَى لَيْسَتْ كَالْعُمْرِى وَالرَّقْبَى)

أَمَّا إِذَا قَالَ : سَكُنْى هَذِهِ الدَّارُ لَكَ عُمَرُكَ ، أَوْ اسْكُنْهَا^(١) عُمَرُكَ . أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعَقْدٍ لَازِمٍ ؛ لِأَنَّهُ فِي التَّحْقِيقِ هِبَةٌ الْمَنَافِعِ ، وَالْمَنَافِعُ إِنَّمَا تُسْتَوْفَى بِمُضَى الزَّمَانِ شَيْئًا فَشَيْئًا ، فَلَا تَلْزَمُ إِلَّا فِي قَدَرِ مَا قَبَضَهُ مِنْهَا وَاسْتَوْفَاهُ بِالسُّكْنَى . وَلِلْمُسْكِنِ الرُّجُوعُ مَتَى شَاءَ ، وَابْتِهَامَاتُ بَطَلَتِ الْإِبَاحَةُ . وَبِهَذَا قَالَ أَكْثَرُ الْعُلَمَاءِ ، وَجَمَاعَةُ أَهْلِ الْفَتْوَى ، مِنْهُمْ ؛ الشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحَوِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ حَفْصَةَ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ : هِيَ كَالْعُمْرِى ، تَكُونُ لَهُ وَلِعَقِبِهِ ؛ لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى الْعُمْرِى ، فَيُثَبِّتُ فِيهَا مِثْلَ حُكْمِهَا . وَحُكْمُهَا أَنَّ الشَّعْبِيَّ أَنَّهُ إِذَا قَالَ : هِيَ لَكَ ، اسْكُنْ حَتَّى تَمُوتَ . فَهِيَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ . وَإِنْ قَالَ : دَارِى هَذِهِ اسْكُنْهَا حَتَّى تَمُوتَ . فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى صَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَالَ : هِيَ لَكَ . فَقَدْ جَعَلَ لَهُ رَقَبَتَهَا ، فَتَكُونُ عُمَرَى . فَإِذَا قَالَ : اسْكُنْ دَارِى هَذِهِ . فَإِنَّمَا جَعَلَ لَهُ نَفْعَهَا دُونَ رَقَبَتِهَا ، فَتَكُونُ عَارِيَّةً . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا إِبَاحَةُ الْمَنَافِعِ ، فَلَمْ يَقَعْ لَازِمًا كَالْعَارِيَّةِ . وَفَارَقَ الْعُمَرَى فَإِنَّهَا هِبَةٌ لِلرَّقْبَةِ . فَأَمَّا إِذَا قَالَ : هَذِهِ لَكَ ، اسْكُنْهَا حَتَّى تَمُوتَ . فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ^(٢) لَكَ سَكْنَهَا حَتَّى تَمُوتَ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « اسْكُنْهَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « يَحْصِلُ » .

وَتَفْسِيرُهَا بِذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ السُّكْنَى ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : هَذِهِ لَكَ سُكْنَاهَا . وَإِذَا اخْتَمَلَ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الرَّقَبَةَ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ يُرِيدَ السُّكْنَى ، فَلَا تُزِيلُ مِلْكَهُ بِالِاخْتِمَالِ .

فصل : إِذَا وَهَبَ هِبَةً فَاسِدَةً ، أَوْ بَاعَ بَيْعًا فَاسِدًا ، ثُمَّ وَهَبَ تِلْكَ الْعَيْنَ ، أَوْ بَاعَهَا بِعَقْدٍ صَحِيحٍ ، مَعَ عِلْمِهِ بِفَسَادِ الْأَوَّلِ ، صَحَّ الْعَقْدُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ ، عَالِمًا بِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَإِنْ كَانَ يَعْتَقِدُ صِحَّةَ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، فَفِي صِحَّةِ الثَّانِي وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، صَحَّتْهُ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ صَادَفَ مِلْكَهُ ، وَتَمَّ بِشُرُوطِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ فُسَادَ الْأَوَّلِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ تَصَرُّفًا يَعْتَقِدُ فُسَادَهُ ، فَفَسَدَ ^(٣) ، كَمَا لَوْ صَلَّى يَعْتَقِدُ أَنَّهُ مُحَدِّثٌ ، فَبَانَ مُتَطَهِّرًا . وَهَكَذَا لَوْ تَصَرَّفَ فِي عَيْنٍ يَعْتَقِدُ أَنَّهَا لِأَيِّهِ ، فَبَانَ أَنَّهُ قَدْ مَاتَ وَمَلَكَهَا بِالْمِيرَاثِ ، أَوْ غَضَبَ عَيْنَهَا فَبَاعَهَا يَعْتَقِدُهَا مَعْصُوبَةً ، فَبَانَ أَنَّهَا مِلْكُهُ ، فَعَلَى الْوَجْهَيْنِ . قَالَ الْقَاضِي : أَصْلُ الْوَجْهَيْنِ مَنْ بَاشَرَ امْرَأَةً بِطَّلَاقٍ يَعْتَقِدُهَا أَجْنَبِيَّةً ، فَبَانَتْ امْرَأَتُهُ ، أَوْ وَاجَهَ بِالْعِتْقِ مَنْ يَعْتَقِدُهَا حُرَّةً ، فَبَانَتْ أُمَّتُهُ ، فَفِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ وَالْحُرِّيَّةِ رَوَايَتَانِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ وَجْهَانِ ، كَمَا حَكَيْنَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٣) فِي النِّسْخِ : « فَفَسَدَ » .

كتاب اللقطة

وهي المال الضائع من ربه ، يلتقطه غيره . قال الحليل بن أحمد : اللقطة ، يفتح القاف : اسم للمتقطيع ؛ لأن ما جاء على فعلة ، فهو اسم للفاعل ، كقولهم : همزة ولمزة وضحكة وهزاة . واللقطة ، يسكون القاف : المال الملقوط ، مثل الضحكة الذي يضحك منه ، والهزاة الذي يهزأ به . وقال الأصمعي ، وابن الأعرابي ، والفراء : هي يفتح القاف ، اسم للمال الملقوط أيضا . والأصل في اللقطة ما روى زيد بن خالد الجهني قال : سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق ، فقال : « اعرف وكاءها ، وعفاصها ، ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها ، ولتكن ودیعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر ، فاذفعها إليه » . وسأله عن ضالة الإبل ، فقال : « مالك ولها ، دغها ، فإن معها جذاءها وسقاها ، ترد الماء ^(١) ، وتأكل الشجر ، حتى يجدها ربها » . وسأله عن الشاة ، فقال : « خذها ، فإئما هي لك ، أو لأخيك ، أو للذئب » . متفق عليه ^(٢) . والوكاء : الحيط الذي يشد به المال في الخرقه . والعفاص : الوعاء الذي هي فيه ، من خرقه أو قرطاس أو غيره . قاله

(١) في م : « المال » خطأ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب الغضب في الموعظة والتعليم ... ، من كتاب العلم ، وفي : باب شرب الناس والدواب من الأنهار ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب ضالة الإبل ، وباب ضالة الغنم ، وباب إذا لم يوجد صاحب اللقطة ... ، وباب إذا جاء صاحب اللقطة ... ، وباب من عرف اللقطة ولم يدفعها ... من كتاب اللقطة ، وفي : باب ما يجوز من الغضب والشدة ... ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ٣٤/١ ، ١٤٩/٣ ، ١٦٣ ، ١٦٥ ، ١٦٦ ، ٣٤/٨ . ومسلم ، في : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ١٣٤٧/٣ ، ١٣٤٨ ، ١٣٤٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٥/١ ، ٣٩٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذى ١٣٦/٦ . وابن ماجه ، في : باب ضالة الإبل والبقرو الغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٧/٢ ، ٨٣٨ . والإمام مالك ، في : باب القضاء في اللقطة ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١٥/٤ ، ١١٦ ، ١١٧ .

أَبُو عُبَيْدٍ . وَالْأَصْلُ فِي الْعِقَاصِرِ أَنَّهُ الْجِلْدُ الَّذِي يُلْبَسُهُ رَأْسُ الْقَارُورَةِ . قَوْلُهُ : « مَعَهَا حِدَاءُهَا » . يَعْنِي خُفَّهَا ، فَإِنَّهُ لِقُوَّتِهِ وَصَلَاتِيهِ يَجْرِي مَجْرَى الْحِدَاءِ . وَسِقَاؤُهَا : بَطْنُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَأْخُذُ فِيهِ مَاءً كَثِيرًا ، فَيَنْقَى مَعَهَا يَمْنَعُهَا الْعَطَشَ . وَالضَّالَّةُ : اسْمٌ لِلْحَيَوَانِ^(٣) ، خَاصَّةً ، دُونَ سَائِرِ اللَّقَطَةِ ، وَالْجَمْعُ ضَوَالٌ ، وَيُقَالُ لَهَا أَيْضًا : الْهَوَامِي وَالْهَوَافِي وَالْهَوَامِلُ .

فصل : قَالَ إِمَامُنَا ، رَحِمَهُ اللَّهُ : الْأَفْضَلُ تَرْكُ الْإِلْتِقَاطِ . وَرُويَ مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ عُمَرَ . وَبِهِ قَالَ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالرَّبِيعُ بْنُ خُثَيْمٍ^(٤) ، وَعَطَاءٌ . وَمَرَّ شَرِيحٌ بِدِرْهَمٍ ، فَلَمْ يَغْرِضْ لَهُ . وَاخْتَارَ أَبُو الْحَطَّابِ أَنَّهُ^(٥) إِذَا وَجَدَهَا بِمَضْيَعَةٍ ، وَأَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا ، فَلَا فَضْلَ أَخْذِهَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَحَكِيَ عَنْهُ قَوْلُ آخَرَ ، أَنَّهُ يَجِبُ أَخْذُهَا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى / : ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾^(٦) . فَإِذَا كَانَ وَلِيُّهُ ، وَجَبَ عَلَيْهِ حِفْظُ مَالِهِ . وَمِمَّنْ رَأَى أَخْذَهَا سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَأَخْذُهَا أُبَيُّ بْنُ كَعْبٍ ، وَسُوَيْدُ بْنُ غَفَلَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ شَيْئًا لَهُ بَالٌ ، يَأْخُذُهَا أَحَبُّ إِلَيْهِ ، وَيُعَرِّفُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ حِفْظَ مَالِ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ ، فَكَانَ أَوْلَى مِنْ تَضْيِيعِهِ ، وَتَخْلِيصِهِ مِنَ الْغَرَقِ . وَلَنَا ، قَوْلُ ابْنِ عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَلَا نَعْرِفُ لهما مُخَالَفًا فِي الصَّحَابَةِ ، وَلِأَنَّهُ تَغْرِيضٌ لِنَفْسِهِ لِأَكْلِ الْحَرَامِ ، وَتَضْيِيعُ الْوَاجِبِ مِنْ تَغْرِيفِهَا ، وَأَذَاءِ الْأَمَانَةِ فِيهَا ، فَكَانَ تَرْكُهُ أَوْلَى وَأَسْلَمَ ، كَوَلَايَةِ مَالِ الْيَتِيمِ ، وَتَخْلِيلِ الْخَمْرِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْتَغِي الضَّوَالَ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَخْذُهَا مَعَ مَا ذَكَرُوهُ ، وَكَذَلِكَ وَلَايَةُ مَالِ الْإِيْتَامِ .

(٣) فِي م : « الْحَيَوَان » .

(٤) فِي النِّسْخِ : « خَيْثِم » . وَهُوَ الرَّبِيعُ بْنُ خُثَيْمٍ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الثَّوْرِيُّ الْكُوفِيُّ ، تَوَفَّى بَعْدَ قَتْلِ الْحُسَيْنِ سَنَةَ ثَلَاثٍ وَسِتِّينَ .

تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٢٤٢/٣ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦) سُورَةُ التَّوْبَةِ ٧١ .

٩٣٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ وَجَدَ لِقَطَةً ، عَرَفَهَا سَنَةً فِي الْأَسْوَاقِ ، وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ فِي التَّعْرِيفِ سِتَّةَ فُصُولٍ ؛ فِي وُجُوبِهِ ، وَقَدَرِهِ ، وَزَمَانِهِ ، وَمَكَانِهِ ، وَكَيْفِيَّتِهِ ، وَمَنْ يَتَوَلَّاهُ . أَمَّا وَجُوبُهُ ، فَإِنَّهُ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُلْتَقِطٍ ، سَوَاءً أَرَادَ تَمْلُكَهَا أَوْ حِفْظَهَا لِصَاحِبِهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَجِبُ عَلَى مَنْ أَرَادَ حِفْظَهَا لِصَاحِبِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِهِ زَيْدُ بْنُ خَالِدٍ ^(١) ، وَأَبِيٌّ بْنُ كَعْبٍ ^(٢) ، وَلَمْ يُفَرِّقْ ، وَلِأَنَّ حِفْظَهَا لِصَاحِبِهَا إِنَّمَا يُقَيَّدُ بِإِصَالِهَا إِلَيْهِ . وَطَرِيقُهُ التَّعْرِيفُ ^(٣) ، أَمَّا بَقَاؤُهَا فِي يَدِ الْمُلتَقِطِ مِنْ غَيْرِ وُصُولِهَا إِلَى صَاحِبِهَا ، فَهُوَ وَهْلُهَا سَيَّانٌ ، وَلِأَنَّ إِمْسَاكَهَا مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ ، تَضْيِيعٌ لَهَا عَنْ صَاحِبِهَا ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَرَدُّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ، أَوْ إِلْقَائِهَا فِي غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَجِبِ التَّعْرِيفُ ، لَمَا جَازَ الْإِتِّقَاطُ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَهَا فِي مَكَانِهَا إِذَا أَقْرَبُ إِلَى وُصُولِهَا إِلَى صَاحِبِهَا ، إِمَّا بَأَنْ يَطْلُبَهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي ضَاعَتْ فِيهِ فَيَجِدَهَا ، وَإِمَّا بَأَنْ يَجِدَهَا مَنْ يَعْرِفُهَا ، وَأَخَذَ هَذَا ^(٤) لَهَا يُقَوِّتُ الْأَمْرَيْنِ ، فَيَحْرُمُ ، فَلَمَّا جَازَ الْإِتِّقَاطُ وَجَبَ التَّعْرِيفُ ، كَيْلَا يَخْصُلَ هَذَا الضَّرَرُ . وَلِأَنَّ التَّعْرِيفَ وَاجِبٌ عَلَى مَنْ أَرَادَ تَمْلُكَهَا ، فَكَذَلِكَ عَلَى مَنْ أَرَادَ حِفْظَهَا ، فَإِنَّ التَّمْلُكَ ^(٥) غَيْرُ وَاجِبٍ ، فَلَا تَجِبُ الْوَسِيلَةُ إِلَيْهِ ، فَيَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الْوُجُوبُ فِي الْمَحَلِّ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ ، لِصَيَّائِهَا عَنِ الضَّيَاعِ عَنْ صَاحِبِهَا ، وَهَذَا مَوْجُودٌ فِي مَحَلِّ التَّزَاعُرِ .

(١) تقدم تخريج حديثه في صفحة ٢٩٠ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب وإذا أخبر رب اللقطة بالعلامة دفع إليه ، وباب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع ... من كتاب اللقطة . صحيح البخاري ١٦٢/٣ ، ١٦٦ . ومسلم ، في : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ١٣٥٠/٣ ، ١٣٥١ . وأبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٥/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤١/٦ . وابن ماجه ، في : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٢٦/٥ ، ١٢٧ ، ١٤٣ .

(٣) في م : « العريف » .

(٤) في أ ، ب ، م : « وأخذه » .

(٥) في م : « التملك » .

/ الفصل الثاني : في قَدْرِ التَّعْرِيفِ ، وذلك سَنَةً . رُوِيَ ذلك عن عَمَرَ ، وعلى ، ١٨٣/٥ و ابن عَبَّاسٍ . وبه قال ابنُ المُسَيَّبِ ، والشَّعْبِيُّ ، ومَالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، وأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرُوِيَ عن عَمَرَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يُعَرِّفُهَا ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ . وعنه ثَلَاثَةُ أَغْوَامٍ ؛ لِأَنَّ أُنْبَى بْنَ كَعْبٍ رَوَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَهُ بِتَعْرِيفِ مِائَةِ الدِّينَارِ ثَلَاثَةَ أَغْوَامٍ . وقال أَبُو أَيُّوبَ الْهَاشِمِيُّ : ما دونَ الْخَمْسِينَ دِرْهَمًا يُعَرِّفُهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إلى سَبْعَةِ أَيَّامٍ . وقال الْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ : ما دونَ عَشْرَةِ دِرَاهِمٍ يُعَرِّفُهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ . وقال الثَّوْرِيُّ في الدَّرْهِمِ : يُعَرِّفُهُ أَرْبَعَةُ أَيَّامٍ . وقال إِسْحَاقُ : ما دونَ الدِّينَارِ يُعَرِّفُهُ جُمُوعَةٌ أَوْ نَحْوُهَا . وَرَوَى أَبُو إِسْحَاقَ الْجُوزْجَانِيُّ ، بِإِسْنَادِهِ ، عن يَعْلَى بْنِ أُمَيَّةَ ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنِ اتَّقَطَ دِرْهَمًا ، أَوْ حَبْلًا ، أَوْ شَيْئًا ذَلِكَ ، فَلْيُعَرِّفْهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، فَإِنْ كَانَ فَوْقَ ذَلِكَ ، فَلْيُعَرِّفْهُ سَبْعَةَ أَيَّامٍ » ^(٦) . ولنا : حَدِيثُ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الصَّجَّاحِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ بِعَامٍ وَاحِدٍ ، وَلِأَنَّ السَّنَةَ لَا تَتَأَخَّرُ عَنْهَا الْقَوَائِلُ ، وَيَمُضِي فِيهَا الزَّمَانُ الَّذِي تُقْصَدُ فِيهِ الْبِلَادُ ، مِنَ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ وَالْإِعْتِدَالِ ، فَصَلَحَتْ قَدْرًا كَمُلَّةٍ أَجَلُ الْعَيْنِ ^(٧) . وَأَمَّا حَدِيثُ أُنْبَى ، فَقَدْ قَالَ الرَّائِي : لَا أَذَرِي ثَلَاثَةَ أَغْوَامٍ أَوْ عَامٍ وَاحِدٍ . قال أَبُو دَاوُدَ : شَكَّ الرَّائِي فِي ذَلِكَ . وَحَدِيثُ يَعْلَى لَمْ يَقُلْ بِهِ قَائِلٌ عَلَى وَجْهِهِ ، وَحَدِيثُ زَيْدٍ وَأُنْبَى أَصَحُّ مِنْهُ وَأَوْلَى . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ هَذِهِ السَّنَةُ تَلِيَّ الْإِتْقَاطِ ، وَتَكُونَ مُتَوَالِيَةً فِي نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِتَعْرِيفِهَا حِينَ سُئِلَ عَنْهَا ، وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْفَوْرَ ، وَلِأَنَّ الْقَصْدَ بِالتَّعْرِيفِ وَصُولَ الْخَبَرِ إِلَى صَاحِبِهَا ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِالتَّعْرِيفِ عَقِيبَ ضَيَاعِهَا مُتَوَالِيًا ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا فِي الْغَالِبِ إِنَّمَا يَتَوَقَّعُهَا وَيَطْلُبُهَا عَقِيبَ ضَيَاعِهَا ، فَيَجِبُ تَحْصِيصُ التَّعْرِيفِ بِهِ .

(٦) انظر : ما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٧٣/٤ . والبيهقي ، في : باب ما جاء في قليل اللقطة ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٩٥/٦ . والهيثمى ، في : باب اللقطة ، من كتاب البيوع . مجمع الزوائد ١٦٩/٤ . وابن حجر ، في مجمع الزوائد ٧٤/٣ . وكل ذلك عن يعلى بن مرة ، وليس يعلى بن أمية .
(٧) في م : العين .

الفصل الثالث : في زَمَانِهِ ، وهو التَّهَارُ دون اللَّيْلِ ؛ لأنَّ التَّهَارَ مَجْمَعُ النَّاسِ ومُلتَقَاهُمْ دون اللَّيْلِ ، ويكونُ ذلك في اليومِ الذي وَجَدَهَا ، والأسْبُوعُ أَكْثَرُ ؛ لأنَّ الطَّلَبَ فِيهِ أَكْثَرُ ، ولا يَجِبُ فيما بعد ذلك مُتَوَالِيًا . وقد رَوَى الْجُوزْجَانِيُّ بِإِسْنَادِهِ ، عن مُعَاوِيَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ زَيْدِ الْجُهَنِيِّ ، قال : نَزَلْنَا مُنَاخَ رَكْبٍ ، فَوَجَدْتُ / خِرْقَةً فِيهَا قَرِيبٌ مِنْ مِائَةِ دِينَارٍ ، فَجِئْتُ بِهَا إِلَى عَمْرِ ، فَقَالَ : عَرَفْنَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ ، ثُمَّ أَمْسِكْهَا حَتَّى قَرِنَ السَّنَةِ ، وَلَا يَفِدْ مِنْ رَكْبٍ إِلَّا نَشَدَتْهَا ، وَقُلْتُ : الذَّهَبُ بِطَرِيقِ الشَّامِ . ثُمَّ شَأْنُكَ بِهَا^(٨) .

ظ ١٨٣/٥

الفصل الرابع : في مَكَانِهِ ، وهو الْأَسْوَاقُ ، وَأَبْوَابُ الْمَسَاجِدِ وَالْجَوَامِعِ ، فِي الْوَقْتِ الَّذِي يَجْتَمِعُونَ فِيهِ ، كَأَذْبَارِ الصَّلَوَاتِ فِي الْمَسَاجِدِ ، وَكَذَلِكَ فِي مَجَامِعِ النَّاسِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِشَاعَةَ ذِكْرِهَا ، وَإِظْهَارُهَا ، لِيُظْهَرَ عَلَيْهَا صَاحِبُهَا ، فَيَجِبُ تَحَرُّى مَجَامِعِ النَّاسِ ، وَلَا يَنْشِئُهَا فِي الْمَسْجِدِ ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ لَمْ يَتَّيْنْ لَهُذَا . وَقَدْ رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ سَمِعَ رَجُلًا يَنْشُدُ ضَالَّةً فِي الْمَسْجِدِ ، فَلْيَقُلْ : لَا رَدَّهَا اللَّهُ إِلَيْكَ ، فَإِنَّ الْمَسَاجِدَ لَمْ تُبْنَ لَهُذَا »^(٩) . وَأَمْرٌ عَمَرُ وَاجِدَ اللَّقْطَةِ بِتَعْرِيفِهَا^(١٠) عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ .

(٨) أخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في اللقطة ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٥٧ ، ٧٥٨ . وليس فيه لفظ : « عرفها ثلاثة أيام » . والبيهقي ، في : باب تعريف اللقطة ومعرفتها والإشهاد عليها ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٩٣/٦ .

(٩) أخرجه مسلم ، في : باب النهي عن نشد الضالة ... ، من كتاب المساجد . صحيح مسلم ١/٣٩٧ . وأبو داود ، في : باب كراهية إنشاد الضالة في المسجد ، من كتاب الصلاة . سنن أبي داود ١/١١١ . والترمذي ، في : باب النهي عن البيع في المسجد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٦/٦١ ، وابن ماجه ، في : باب النهي عن إنشاد الضوال في المسجد ، من كتاب المساجد . سنن ابن ماجه ١/٢٥٢ . والدارمي ، في : باب النهي عن استنشاد الضالة في المسجد ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمي ١/٣٢٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٤٢٩ ، ٤٢٠ .

(١٠) في م : « تعريفها » .

الفصل الخامس : فيمن يتولاه ، وللملتقط أن يتولى ذلك بنفسه ، وله أن يستنيب فيه ، فإن وجد متبرعاً بذلك ، وإلا إن احتاج إلى أجر ، فهو على الملتقط . وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي . واختار أبو الخطاب ، أنه إن قصد الحفظ لصاحبها دون تملكها ، رجع بالأجر على مالِكها . وكذلك قال ابن عقيل ، فيما لا يملك بالتعريف ؛ لأنه من مؤنة إيصالها إلى صاحبها ، فكان على مالِكها ، كأجر مخزنها ورعيها وتجنيفها . ولنا ، أن هذا أجر واجب على المَعْرِف ، فكان عليه ، كما لو قصد تملكها ، ولأنه لو وليه بنفسه ، لم يكن له أجر على صاحبها ، فكذلك إذا استأجر عليه لا يلزم صاحبها شيء ، ولأنه سبب لتملكها^(١١) ، فكان على الملتقط ، كما لو قصد تملكها . وقال مالك : إن أعطى منها شيئاً لمن عرفها ، فلا غرم عليه ، كما لو دفع منها شيئاً لمن حفظها^(١٢) . وقد ذكرنا الدليل على ذلك .

الفصل السادس : في كيفية التعريف ، وهو أن يذكر جنسها^(١٣) لا غير^(١٤) ، فيقول : من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنانير أو ثياب . ونحو ذلك ؛ لقول عمر ، رضى الله عنه ، لو وجد الذهب : [قل : الذهب] بطريق الشام . ولا يصفها ؛ لأنه لو وصفها لعلم صفتها من يسمعها ، فلا تبقى صفتها دليلاً على ملكها ، لمشاركة غير المالك في ذلك ، ولأنه لا يأمن أن يدعيها بعض من سمع / صفتها^(١٥) ، ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها ، فيأخذها وهو لا يملكها ، فتضيع على مالِكها .

فصل : لم يفرق الخرقى بين يسير اللقطة وكثيرها . وهو ظاهر المذهب ، إلا في اليسير الذي لا تتبعه النفس ، كالثمرة والكسرة والخرقة ، وما لا خطر له ، فإنه لا بأس بأخذه والانتفاع به من غير تعريف ؛ لأن النبي ﷺ لم ينكر على واجد الثمرة

(١١) في م : « لملكها » .

(١٢) في م : « جففها » .

(١٣ - ١٤) سقط من : الأصل .

(١٤) في م زيادة : « من سمع » .

حيث أكلها ، بل قال له : « لَوْلَمْ تَأْتِهَا لِأَنَّكَ »^(١٥) . وَرَأَى النَّبِيُّ ﷺ ثَمَرَةً فَقَالَ : « لَوْلَا أَنِّي أَخْشَى أَنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ ، لَأَكَلْتُهَا »^(١٦) . وَلَا نَعْلَمُ خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي إِبَاحَةِ أَخْذِ الْيَسِيرِ وَالِاتِّفَاعِ بِهِ^(١٧) ، وَقَدْ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَمْرِ ، وَعَلِيٍّ ، وَابْنِ عَمَرَ ، وَعَائِشَةَ ، وَبِهَ قَالَ عَطَاءٌ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَطَاوُسٌ ، وَالتَّحَّيْمِيُّ ، وَبِحَيْهِ ابْنُ أَبِي كَثِيرٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَيْسَ عَنْ أَحْمَدَ وَأَكْثَرِ مَنْ ذَكَرْنَا تَحْدِيدُ الْيَسِيرِ الَّذِي يُبَاحُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجِبُ تَعْرِيفُ مَا لَا يَقْطَعُ بِهِ السَّارِقُ ، وَهُوَ رُبْعُ دِينَارٍ عِنْدَ مَالِكٍ ، وَعَشْرَةُ دَرَاهِمَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ مَا دُونَ ذَلِكَ تَافَهُ ، فَلَا يَجِبُ تَعْرِيفُهُ ، كَالْكِسْرَةِ وَالثَّمَرَةِ ، وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ تَافَهُ قَوْلُ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : كَانُوا لَا يَقْطَعُونَ فِي الشَّيْءِ التَّافِهِ . وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ وَجَدَ دِينَارًا فَتَصَرَّفَ فِيهِ^(١٨) . وَرَوَى الْجَوْزْجَانِيُّ ، عَنْ سَلْمَى بِنْتِ كَعْبٍ ، قَالَتْ : وَجَدْتُ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ ، فِي طَرِيقِ مَكَّةَ ، فَسَأَلْتُ عَائِشَةَ عَنْهُ ، فَقَالَتْ : تَمَتَّعِي بِهِ^(١٩) . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ^(٢٠) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ جَابِرٍ ، قَالَ : رَخَّصَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْعَصَا وَالسُّوْطِ وَالْحَبْلِ وَأَشْبَاهِهِ ، يَلْتَقِطُهُ الرَّجُلُ يَنْتَفِعُ بِهِ . وَالْحَبْلُ قَدْ يَكُونُ قِيمَتُهُ دَرَاهِمَ . وَعَنْ ابْنِ مَاجَهَ^(٢١) بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ سُؤَيْدِ بْنِ غَفَلَةَ ، قَالَ : خَرَجْتُ مَعَ سَلْمَانَ بْنِ رَبِيعَةَ ، وَزَيْدِ بْنِ صُوحَانَ ، حَتَّى إِذَا كُنَّا بِالْعُدَيْبِ ، التَّقَطَّتْ

(١٥) لم نجده فيما بين أيدينا من كتب الحديث .

(١٦) تقدم تخريجه في : ١١٦/٤ .

(١٧) سقط من : م .

(١٨) أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٨/١ .

(١٩) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في اللقطة ما يصنع بها ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٤٦١/٦ .

(٢٠) في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٩/١ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في قليل اللقطة ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٩٥/٦ .

(٢١) في : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٧/٢ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى

سَوَاطًا ، فَقَالَ لِي : أَلْقِهِ . فَأُتِيتُ ، فَلَمَّا^(٢٢) قَدِمْنَا الْمَدِينَةَ ، أَتَيْتُ أَبِيَّ بْنَ كَعْبٍ ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ ، فَقَالَ : أَصَبْتَ . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ^(٢٣) ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ كَالْمَذَاهِبِ الثَّلَاثَةِ . وَلَنَا ، عَلَى إِبْطَالِ تَحْدِيدِهِ بِمَا ذَكَرُوهُ ، أَنَّ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ عَامٌّ فِي كُلِّ لُقْطَةٍ ، فَيَجِبُ إِبْقَاؤُهُ عَلَى عُمُومِهِ ، إِلَّا مَا خَرَجَ مِنْهُ بِالذَّلِيلِ / ، وَلَمْ يَرَدْ بِمَا ذَكَرُوهُ نَصًّا ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ النَّصُّ بِهِ . وَلِأَنَّ التَّحْدِيدَ وَالتَّقْدِيرَ لَا يُعْرَفُ بِالْقِيَاسِ ، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ مِنْ نَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ ، وَلَيْسَ فِيمَا ذَكَرُوهُ نَصٌّ وَلَا إِجْمَاعٌ . وَأَمَّا حَدِيثُ عَلِيٍّ ، فَهُوَ ضَعِيفٌ ، رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَقَالَ : طَرَفُهُ كُلُّهَا مُضْطَرِبَةٌ . ثُمَّ هُوَ مُخَالِفٌ لِمَذْهَبِهِمْ وَلِسَائِرِ الْمَذَاهِبِ ، فَتَعَيَّنَ حَمْلُهُ عَلَى وَجْهِ مِنَ الْوُجُوهِ غَيْرِ اللَّقْطَةِ ، إِمَّا لِكَوْنِهِ مُضْطَرًّا إِلَيْهِ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، وَحَدِيثُ عَائِشَةَ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، لَا يُدْرَى كَمْ قَدَّرَ الْخَائِمَ ، ثُمَّ هُوَ قَوْلُ صَحَابِيٍّ ، وَكَذَلِكَ حَدِيثُ عَلِيٍّ^(٢٤) ، وَهُمْ لَا يَرَوْنَ ذَلِكَ حُجَّةً ، وَسَائِرُ الْأَحَادِيثِ لَيْسَ فِيهَا تَقْدِيرٌ ، لَكِنْ يُبَاحُ أَخْذُ مَا ذَكَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَخَصَّ فِي أَخْذِهِ مِنَ السَّوْطِ وَالْعَصَا وَالْحَبْلِ ،^(٢٥) وَمَا قِيَمَتُهُ كَقِيَمَةِ ذَلِكَ^(٢٦) . وَقَدَّرَهُ الشَّيْخُ أَبُو الْفَرَجِ^(٢٧) فِي كِتَابِهِ بِمَا دُونَ الْقِيَرِاطِ ، وَلَا يَصِحُّ تَحْدِيدُهُ لَمَّا ذَكَرْنَا .

فصل : إِذَا أَخَّرَ التَّعْرِيفَ عَنِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، مَعَ امْكَانِهِ ، أَيْمَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِهِ فِيهِ ، وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ . وَقَالَ فِي حَدِيثِ عِيَّاضِ بْنِ جِمَارٍ : « لَا يَكُنْمْ وَلَا يُغَيَّبْ »^(٢٧) . وَلِأَنَّ ذَلِكَ وَسِيلَةٌ إِلَى أَنْ لَا يَعْرِفَهَا صَاحِبُهَا ، فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ بَعْدَ

(٢٢) ق م : ١ حتى ١ .

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥ - ٢٥) ق م : ١ وما قيمة ذلك ١ .

(٢٦) يعني ابن الجوزي عبد الرحمن بن علي ، المتوفى سنة سبع وتسعين ومجسماته .

(٢٧) يأتي الحديث بتمامه في المسألة التالية ، ويذكر المصنف أن النسائي رواه ، وذلك في السنن الكبرى . انظر : =

الْحَوْلُ يَنَاسُ مِنْهَا ، وَيَسْلُو عَنْهَا ، وَيَتْرُكُ طَلَبَهَا . وَيَسْقُطُ التَّعْرِيفُ بِتَأْخِيرِهِ عَنِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، فِي الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ حِكْمَةَ التَّعْرِيفِ لَا تَحْصُلُ بَعْدَ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ . وَإِنْ تَرَكَهُ فِي بَعْضِ الْحَوْلِ ، عَرَّفَ بَقِيَّتَهُ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَسْقُطَ التَّعْرِيفُ بِتَأْخِيرِهِ^(٢٨) ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ ، فَلَا يَسْقُطُ بِتَأْخِيرِهِ عَنْ وَقْتِهِ ، كَالْعِبَادَاتِ وَسَائِرِ الْوَاجِبَاتِ . وَلِأَنَّ التَّعْرِيفَ فِي الْحَوْلِ الثَّانِي يَحْصُلُ بِهِ الْمَقْصُودُ عَلَى نَوْعِ^(٢٩) مِنَ الْقُصُورِ ، فَيَجِبُ الْإِثْبَانُ بِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ »^(٣٠) . فَعَلَى هَذَا إِنْ أَخَّرَ التَّعْرِيفُ بَعْضَ الْحَوْلِ ، أَتَى بِالتَّعْرِيفِ فِي بَقِيَّتِهِ ، وَأَتَمَّهُ مِنَ الْحَوْلِ الثَّانِي . وَعَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ ، لَا يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ^(٣١) فِيمَا عَدَا^(٣٢) الْحَوْلِ الْأَوَّلَ ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الْمَلِكِ التَّعْرِيفُ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، وَلَمْ يُوجَدْ . وَهَلْ لَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهَا أَوْ يَحْبِسَهَا^(٣٣) عِنْدَهُ أَبَدًا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُلْزَمَهُ دَفْعُهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، كَقَوْلِنَا فِيمَا إِذَا انْقَطَعَ مَا^(٣٤) لَا يَجُوزُ التِّقَاطُ . / وَلَوْ تَرَكَ التَّعْرِيفَ فِي بَعْضِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، لَمْ يَمْلِكُهَا أَيْضًا بِالتَّعْرِيفِ فِيمَا بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَمْ يَكْمُلْ ، وَعَدَمُ بَعْضِ الشَّرْطِ كَعَدَمِ جَمِيعِهِ ، كَمَا لَوْ أَخْلَى بَعْضُ الطَّهَارَةِ ، أَوْ بَعْضُ السُّتْرَةِ فِي الصَّلَاةِ .

و ١٨٥/٥

فصل : وَإِنْ تَرَكَ التَّعْرِيفَ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ؛ لِعَجْزِهِ عَنْهُ ، مِثْلُ أَنْ يَتْرُكَهَ لِمَرَضٍ أَوْ حَبْسٍ أَوْ نِسْيَانٍ وَنَحْوِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ مَا لَوْ تَرَكَهُ مَعَ

= تحفة الأشراف ٢٥٠/٨ .

وأخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٧/١ . وابن ماجه ، في : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٦٢/٤ ، ٢٦٦ .

(٢٨) في م : : لتأخره .

(٢٩) في الأصل : : نعت .

(٣٠) تقدم تخريجه في : ٣١٥/١ .

(٣١ - ٣١) في الأصل : : في تباعد .

(٣٢) في م : : يحبس .

(٣٣) في م : : فيما .

إمكانه ؛ لأنَّ تَعْرِيفَهُ فِي الْحَوْلِ سَبَبُ الْمَلِكِ ، وَالْحُكْمُ يَنْتَفِي بِإِتْفَاءِ سَبَبِهِ ، سِوَاءِ اتَّفَقَ
لِعُذْرٍ أَوْ غَيْرِ عُذْرٍ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ يُعَرِّفُهُ فِي الْحَوْلِ الثَّانِي ، وَيَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤَخَّرِ التَّعْرِيفُ
عَنْ وَقْتِ إِمْكَانِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَرَفَهُ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ .

٩٤٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا ، وَإِلَّا كَانَتْ كَسَائِرُ مَالِهِ)

وجملته أَنَّهُ إِذَا عَرَفَ اللَّقْطَةَ حَوْلًا ، فَلَمْ تُعْرَفْ ، مَلَكَهَا مُلْتَقِطُهَا ، وَصَارَتْ مِنْ
مَالِهِ ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ ، غَنِيًّا كَانَ الْمُلْتَقِطُ أَوْ فَقِيرًا . وَرَوَى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِ
مَسْعُودٍ ، وَعَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ
الْمُنْذِرِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَطَاوُسٌ ،
وَعِكْرِمَةُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَالتَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ :
يَتَصَدَّقُ بِهَا ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا خَيْرُهُ بَيْنَ الْأَجْرِ وَالْعُرْمِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ
اللَّهُ عَنْهُ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ اللَّقْطَةِ ، فَقَالَ : « عَرَفَهَا حَوْلًا » . وَرَوَى :
« ثَلَاثَةَ أَحْوَالٍ ، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا ^(١) ، وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا ، فَإِذَا جَاءَ رَبُّهَا ، فَرَضِيَ
بِالْأَجْرِ ، وَإِلَّا غَرَمَهَا ^(٢) . وَلَئِنْهَا مَالٌ لِمَعْصُومٍ ، لَمْ يَرْضَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ عَنْهَا ، وَلَا
وُجِدَ مِنْهُ سَبَبٌ يَقْتَضِي ذَلِكَ ، فَلَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهُ ، كَغَيْرِهَا . قَالُوا : وَلَيْسَ لَهُ أَنْ
يَتَمَلَّكَهَا ، إِلَّا أَنْ أَبَا حَنِيفَةَ قَالَ : لَهُ ذَلِكَ إِنْ كَانَ فَقِيرًا مِنْ غَيْرِ ذَوِي الْقُرْبَى ؛ لِمَا رَوَى
عِيَّاضُ بْنُ حِمَارٍ الْمُجَاشِعِيُّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ وَجَدَ لُقْطَةً فَلْيُشْهِدْ عَلَيْهَا ذَا
عَدْلٍ ، وَلَا يَكْتُمْ وَلَا يُعْجِبْ ، فَإِنْ وَجَدَ صَاحِبَهَا فَلْيَرُدُّهَا عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَهِيَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ
مَنْ يَشَاءُ » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ^(٣) . قَالُوا : وَمَا يُضَافُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، إِنَّمَا يَتَمَلَّكُهُ مَنْ
يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ ، عَنْ أَحْمَدَ مِثْلَ هَذَا الْقَوْلِ . وَأَنْكَرَهُ الْحَلَّالُ ، وَقَالَ :

(١) فِي الْأَصْلِ : « صَاحِبُهَا » .

(٢) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي كِتَابِ الرِّضَاعِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ١٨٢/٤ . وَانْظُرْ : مُصَنَّفُ عَبْدِ الرَّزَّاقِ

١٣٨/١٠ ، ١٣٩ ، وَمُصَنَّفُ ابْنِ أَبِي شَيْبَةَ ٤٥٢/٦ .

(٣) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٩٧ .

ليس هذا مذهباً لأحمد . ولنا ، قول النبي ﷺ ، في حديث زيد بن خالد^(٤) : « فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ ، / فَاسْتَنْفِقْهَا » . وفي لفظ : « وَالْأَفْهَى كَسْبِيلُ مَالِكَ » . وفي لفظ : « ثُمَّ كُلُّهَا » . وفي لفظ : « فَانْتَفِعْ بِهَا » . وفي لفظ : « فَشَأْنُكَ بِهَا » . وفي حديث أبي ابن كعب^(٥) : « فَاسْتَنْفِقْهَا » . وفي لفظ : « فَاسْتَمْتِعْ بِهَا » . وهو حديث صحيح^(٦) . ولأن من مَلَكَ بالقَرْضِ^(٧) مَلَكَ باللُّقْطَةِ كَالْفَقِيرِ ، ومن جازَ له الِانْتِقَاطُ مَلَكَ به بعد التَّعْرِيفِ ، كَالْفَقِيرِ . وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت ، ولا يُقَلَّ في كتاب يُوثَقُ به . ودَعَوَاهُمْ في حديث عِيَاضٍ أَنَّ مَا يُضَافُ إِلَى اللَّهِ لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا مَنْ يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ . لا بُرْهَانَ لَهَا ، وَلَا دَلِيلَ عَلَيْهَا ، وَبُطْلَانُهَا ظَاهِرٌ ، فَإِنَّ الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا تُضَافُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى خَلْقًا وَمِلْكًا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ ﴾^(٨) .

فصل : وتَدْخُلُ اللَّقْطَةُ فِي مِلْكِهِ عِنْدَ تَمَامِ التَّعْرِيفِ حُكْمًا ، كَالْمِيرَاثِ . هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِقَوْلِهِ : « وَإِلَّا كَانَتْ كَسَائِرُ مَالِهِ » . وَكَذَلِكَ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ : إِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا كَانَتْ كَسَائِرُ مَالِهِ . وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ حَتَّى يَخْتَارَ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ كَقَوْلِنَا ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَمْلِكُهَا بِالنِّسْبَةِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَمْلِكُهَا بِقَوْلِهِ : اخْتَرْتُ تَمْلِكُهَا . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَا يَمْلِكُهَا إِلَّا بِقَوْلِهِ ، وَالتَّصَرُّفُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا تَمْلِكٌ^(٩) يَعْوِضُ ؛ فَلَمْ يَحْصُلْ إِلَّا بِاخْتِيَارِ الْمُتَمَلِّكِ ، كَالشِّرَاءِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِذَا جَاءَ

(٤) تقدم تخرجه حديثه في صفحة ٢٩٠ .

(٥) تقدم تخرجه حديثه في صفحة ٢٩٢ .

(٦) انظر لمواضع هذه الألفاظ : إرواء الغليل ٢١/٦ ، ٢٢ .

(٧) في الأصل : « بِالْفَرْضِ » .

(٨) سورة النور ٣٣ .

(٩) في م : « تَمْلِكُ » .

صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا فَهِيَ كَسَبِيلِ مَالِكَ » . وقوله : « فَاسْتَنْفِقْهَا » . وَلَوْ وَقَفَ مِلْكُهَا عَلَى تَمْلِكِهَا لَبَيَّنَتْهُ لَهُ ، وَلَمْ يُجَوِّزْ لَهُ التَّصَرُّفَ قَبْلَهُ . وَفِي لَفْظٍ : « فَهِيَ لَكَ » . وَفِي لَفْظٍ : « كُلُّهَا » . وَهَذِهِ الِاتِّفَاطُ كُلُّهَا تَدُلُّ عَلَى مَا قُلْنَا . وَلِأَنَّ الِاتِّفَاطَ وَالتَّعْرِيفَ سَبَبٌ لِلتَّمْلِكِ ^(١٠) ، فَإِذَا تَمَّ وَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ بِهِ الْمِلْكُ حُكْمًا ، كَالِإِحْيَاءِ وَالِاصْطِيَادِ . وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ يَمْلِكُ بِهِ ، فَلَمْ يَقِفِ الْمِلْكُ بَعْدَهُ عَلَى قَوْلِهِ ، وَلَا اخْتِيَارِهِ ، كَسَائِرِ الْأَسْبَابِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُكَلِّفَ لَيْسَ إِلَيْهِ إِلَّا مُبَاشَرَةُ الْأَسْبَابِ ، فَإِذَا أَتَى بِهَا ، ثَبَتَ الْحُكْمَ قَهْرًا وَجَبْرًا مِنْ اللَّهِ تَعَالَى ، غَيْرَ مَوْقُوفٍ عَلَى اخْتِيَارِ الْمُكَلِّفِ . وَأَمَّا الْاِقْتِرَاضُ فَهُوَ السَّبَبُ فِي نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَثْبُتِ الْمِلْكُ بِدُونِهِ .

فصل : فَإِنَّ التَّقَطُّعَ اثْنَانِ ، فَعَرَّفَاهَا حَوْلًا ، مَلَكَاها جَمِيعًا . وَإِنْ قُلْنَا بِوُقُوفِ الْمِلْكِ عَلَى الْاِخْتِيَارِ ، فَاخْتَارَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، مَلَكَ الْمُخْتَارُ نِصْفَهَا دُونَ الْآخَرِ . وَإِنْ رَأَيَاهَا مَعًا ، فَبَادَرَ أَحَدُهُمَا فَأَخَذَهَا ، أَوْ رَأَاهَا أَحَدُهُمَا ، فَأَعْلَمَ بِهَا صَاحِبَهُ ، فَأَخَذَهَا ، / فَهِيَ لَاخِذُهَا ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ اللُّقْطَةِ بِالْأَخْذِ لَا بِالرُّؤْيَةِ ، كَالِاصْطِيَادِ . وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ : هَاتِيهَا . فَأَخَذَهَا ، نَظَرْتُ فِي نَيْتِهِ ؛ فَإِنْ أَخَذَهَا لِنَفْسِهِ ، فَهِيَ لَهُ دُونَ الْآخَرِ ^(١١) ، وَإِنْ أَخَذَهَا لِلْآخَرِ ، فَهِيَ لَهُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي الْاِصْطِيَادِ لَهُ .

فصل : وَتَمْلِكُ اللُّقْطَةُ مَلِكًا مُرَاعَى ، يُزُولُ بِمَجِيءِ صَاحِبِهَا ، وَيَضْمَنُ لَهُ بَدَلُهَا إِنْ تَعَذَّرَ رَدُّهَا . وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَمْلِكُهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ يَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنَّمَا يَتَجَدَّدُ وَجُوبُ الْعَوَضِ بِمَجِيءِ صَاحِبِهَا ، كَمَا يَتَجَدَّدُ زَوَالُ الْمِلْكِ عَنْهَا بِمَجِيئِهِ ، وَكَأَيُّهَا يَتَجَدَّدُ وَجُوبُ ^(١٢) نِصْفِ الصَّدَاقِ لِلزَّوْجِ ، أَوْ بَدَلِهِ إِنْ تَعَذَّرَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ فِيهِ بِالطَّلَاقِ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَكْثَرُهُمْ : لَا يَمْلِكُهَا إِلَّا بِعَوَضٍ يَثْبُتُ فِي

(١٠) فِي م : « التَّمْلِكِ » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « الْآخَرِ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

ذِمَّتِهِ لِصَاحِبِهَا . وهذا قول القاضى وأصحابه ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِهِ ، فَأُشْبِهَ الْقَرْضَ . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَالْأَفْهَى مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » . فجعلناها من المُبَاحَاتِ ، ولأنه لو مات لم يُعْزَلْ من تَرَكْتِهِ بِدَلِّهَا ، ولا يَسْتَحِقُّ أَنْ يَأْخُذَ من الزَّكَاةِ بِسَبَبِ الْغُرْمِ ، ولا^(١٣) يَلْزُمُهُ أَنْ يُوصِيَ بِهِ ، ولا يَمْتَنِعُ وَجُوبُ الزَّكَاةِ فِي مَالِهِ بِسَبَبِ الدَّيْنِ ، ولا يَثْبُتُ شَيْءٌ من أَحْكَامِ الدَّيْنِ فِي حَقِّهِ ، وإِنْتِفَاءُ أَحْكَامِهِ دَلِيلٌ عَلَى إِنْتِفَائِهِ . وقال القاضى : يَمْنَعُ ذَلِكَ وَجُوبَ الزَّكَاةِ ، ولأنه لو مَلَكَهَا بِعَوَضٍ لم يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهَا بِمَجِيئِ^(١٤) صَاحِبِهَا ، ولو وَقَفَ مِلْكُهُ لَهَا عَلَى رِضَاهِ بِالْمُعَاوَضَةِ وَاخْتِيَارِهِ لِأَحَدِهِمَا^(١٥) كالْقَرْضِ ، والأَمْرُ بِخِلَافِ ذَلِكَ ، وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ صَاحِبُهَا الْمُطَالَبَةَ بَعْدَ مَجِيئِهِ ، بِشَرْطِ تَلَفِّهَا ، فَإِنَّهَا لو كانت مَوْجُودَةً لِأَخْذِهَا ، ولم يَسْتَحِقُّ لَهَا بَدَلًا . وَإِنْ كانت تَالِفَةً تَجَدَّدَ لَهُ مِلْكُ الْمُطَالَبَةِ بِبَدَلِهَا ، كما يَتَجَدَّدُ لَهُ الْمِلْكُ فِيهَا لو كانت مَوْجُودَةً ، وكما يَتَجَدَّدُ لَهُ الْمِلْكُ فِي نَصْفِ الصَّدَاقِ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَفِي بَدَلِهِ إِنْ كان مَعْدُومًا . وهذا أَشْبَهُ بِمَسْأَلَتِنَا ، وَبِهِ يَبْطُلُ مَا ذَكَرُوهُ . وَأَمَّا الْقَرْضُ ، فَإِنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ بَدَلُهُ فِي الذِّمَّةِ ، لم يَعُدَّ الْمِلْكُ لَهُ فِي الْمُقْرَضِ^(١٦) إِلَّا بِرِضَا الْمُقْرِضِ وَاخْتِيَارِهِ .

فصل : وكل ما جازَ التَّقَاطُ ، مُلْكٌ بِالْتَّعْرِيفِ عِنْدَ تَمَامِهِ ، أَثْمَانًا كانت أَوْ غَيْرَهَا . هذا ظَاهِرُ^(١٧) كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، فَإِنَّ لَفْظَهُ عَامٌّ فِي كُلِّ لَفْظٍ . وقد نُقِلَ ذَلِكَ عَنْ أَحْمَدَ ، فَإِنَّ مُحَمَّدَ بْنَ الْحَكَمِ ، رَوَى عَنْهُ فِي الصِّيَادِ يَقَعُ فِي شِبْصِهِ / الْكَيْسُ أَوْ النُّحَاسُ : يُعَرِّفُهُ سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَالْأَفْهَى كَسَائِرُ مَالِهِ . وهذا نَصٌّ فِي النُّحَاسِ . وقال الشَّرِيفُ

ظ ١٨٦/٥

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « وَلَأنَّهُ » .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « لَمَجِيءِ » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « الْقَرْضِ » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : م .

ابن أن موسى: هل حُكِمَ العَرُوضُ في التَّعْرِيفِ، وَجَوَّازِ التَّصَرُّفِ فيها بعد ذلك، حُكْمُ
 الأَثْمَانِ؟ على رِوَايَتَيْنِ، أَظْهَرُهُمَا أَنَّهَا كالأَثْمَانِ، وَلَا أَعْلَمُ بَيْنَ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ فَرْقًا
 بَيْنَ الأَثْمَانِ وَالْعَرُوضِ فِي ذَلِكَ. وَقَالَ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا: لَا تُثْمَلُكُ الْعَرُوضُ بِالتَّعْرِيفِ.
 قَالَ الْقَاضِي: نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا، فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ. وَاخْتَلَفُوا فِيمَا يَصْنَعُ بِهَا، فَقَالَ
 أَبُو بَكْرٍ، وَابْنُ عَقِيلٍ: يُعْرِفُهَا أَبَدًا. وَقَالَ الْقَاضِي: هُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يُقِيمَ عَلَى تَعْرِيفِهَا
 حَتَّى يَجِيءَ صَاحِبُهَا، وَبَيْنَ دَفْعِهَا إِلَى الْحَاكِمِ لِيَرَى رَأْيَهُ فِيهَا. وَهَلْ لَهُ بَيْعُهَا بَعْدَ
 الْحَوْلِ، وَيَتَصَدَّقُ بِهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَقَالَ الْحَلَّالُ: كُلُّ مَنْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ، أَنَّهُ
 يُعْرِفُهَا سَنَةً، وَيَتَصَدَّقُ بِهِ، وَالَّذِي نَقَلَ أَنَّهُ يُعْرِفُ أَبَدًا قَوْلُ قَدِيمٍ، رَجَعَ عَنْهُ. وَاخْتَجُّوا
 بِمَارُوى عَنْ ابْنِ عَمَرَ، وَابْنِ عَبَّاسٍ، وَابْنِ مَسْعُودٍ، مِثْلَ قَوْلِهِمْ، وَلَأنَّهَا لِقِطْعَةٍ لَا تُثْمَلُكُ
 فِي الْحَرَمِ، فَلَا تُثْمَلُكُ فِي غَيْرِهِ كَالْإِبِلِ، وَلَأنَّ الْخَبَرَ وَرَدَ فِي الأَثْمَانِ، وَغَيْرِهَا لَا
 يُسَاوِيهَا؛ لِإِدْمَاقِ الْعَرَضِ الْمُتَعَلِّقِ بِعَيْنِهَا، فَمِثْلُهَا يَقُومُ مَقَامَهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ، بِخِلَافِ
 غَيْرِهَا. وَلَنَا، عُمُومُ الْأَحَادِيثِ فِي اللَّقِطَةِ جَمِيعِهَا؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنِ اللَّقِطَةِ،
 فَقَالَ: «عَرَفُهَا سَنَةً» ثُمَّ قَالَ فِي آخِرِهِ: «فَانْتَفِعْ بِهَا، أَوْ فَشَأْنُكَ بِهَا». وَفِي حَدِيثِ
 عِيَّاضِ بْنِ حِمَارٍ: «مَنْ وَجَدَ لِقِطْعَةً». وَهُوَ لَفْظُ عَامٍّ. وَرَوَى الْجَوْزَجَانِيُّ، وَالْأَثَرُ
 فِي «كِتَابَيْهِمَا»، قَالَا: حَدَّثَنَا أَبُو نُعَيْمٍ، ثَنَا هِشَامُ بْنُ سَعْدٍ، قَالَ حَدَّثَنِي عَمْرُو بْنُ
 شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، قَالَ: أَتَى رَجُلٌ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ
 اللَّهِ، كَيْفَ تَرَى فِي مَتَاعٍ يُوجَدُ فِي الطَّرِيقِ الْمِثْنَاءِ^(١٨)، أَوْ فِي قَرِيَّةٍ مَسْكُونَةٍ؟ فَقَالَ:
 «عَرَفُهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا فَشَأْنُكَ بِهِ»^(١٩). وَرَوَى أَنَّ سُفْيَانَ بْنَ عَبْدِ
 اللَّهِ، وَجَدَ عَيْبَةً^(٢٠) فَأَتَى بِهَا عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَقَالَ: عَرَفُهَا سَنَةً، فَإِنْ عَرِفْتَ،
 وَإِلَّا فَهِيَ لَكَ. زَادَ الْجَوْزَجَانِيُّ: فَلَمْ تُعْرِفْ، فَلَقِيَهُ بِهَا^(٢١) الْعَامُ الْمُقْبِلَ،

(١٨) المِثْنَاءُ: الْأَرْضُ السَّهْلَةُ.

(١٩) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ، فِي: بَابِ الْمَعْدَنِ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ. الْحُجُبِيُّ ٣٣/٥. وَالدَّارِقُطْنِيُّ، فِي: بَابِ فِي الْمَرَاةِ

تَقْتُلُ إِذَا ارْتَدَّتْ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ وَالْأَحْكَامِ. سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٢٣٦/٤.

(٢٠) الْعَيْبَةُ: وَعَاءٌ مِنْ خُوصٍ وَنَحْوِهِ، أَوْ وَعَاءٌ مِنْ أَدَمٍ وَنَحْوِهِ يَكُونُ فِيهِ الْمَتَاعُ.

(٢١) سَقَطَ مِنْ: م.

فَذَكَرْهَا لَهُ ، فَقَالَ عُمَرُ : هِيَ لَكَ ، إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَنَا بِذَلِكَ . وَرَوَاهُ النَّسَائِيُّ كَذَلِكَ^(٢٢) . وَهَذَا نَصٌّ فِي غَيْرِ الْأَثْمَانِ . وَرَوَى الْجَوْزَجَانِيُّ ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنِ الْحُرِّ بْنِ الصَّيَّاحِ^(٢٣) قَالَ : كُنْتُ عِنْدَ / ابْنِ عُمَرَ بِمَكَّةَ ، إِذْ جَاءَهُ رَجُلٌ . فَقَالَ : إِنِّي وَجَدْتُ هَذَا الْبَرْدَ ، وَقَدْ شَدَّدْتُهُ وَعَرَّفْتُهُ فَلَمْ يَعْرِفْهُ أَحَدٌ ، وَهَذَا يَوْمُ التَّرْوِيَةِ ، وَيَوْمُ يَتَفَرَّقُ النَّاسُ . فَقَالَ : إِنْ شِئْتَ قَوْمَتُهُ قِيمَةً عَدِيلٍ ، وَلَيْسَتْهُ ، وَكُنْتُ لَهُ ضَامِنًا ، مَتَى جَاءَكَ صَاحِبُهُ دَفَعْتَ إِلَيْهِ ثَمَنَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَجِءْ لَهُ طَالِبٌ فَهُوَ لَكَ إِنْ شِئْتَ . وَلَأَنْ مَا جَارَ التِّقَاطُ هَؤُلَاءِ بِالْعَرِيفِ ، كَالْأَثْمَانِ ، وَمَا حَكَمُوهُ عَنِ الصَّحَابَةِ إِنْ صَحَّ ، فَقَدْ حَكَمْنَا عَنْ عُمَرَ وَإِنِّهِ خِلَافُهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا لِقُطْعَةٌ لَا تُمْلِكُ فِي الْحَرَمِ . مَمْنُوعٌ ، ثُمَّ هُوَ مَنْقُوضٌ بِالْأَثْمَانِ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهَا عَلَى الْإِبِلِ ؛ لِأَنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا ، تَرْدُ الْمَاءِ ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ ، حَتَّى يَأْتِيَهَا رُبُّهَا ، وَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي غَيْرِهَا ، وَلِأَنَّ الْإِبِلَ لَا يَجُوزُ التِّقَاطُهَا ، فَلَا تُمْلِكُ بِهِ ، وَهَئُنَا يَجُوزُ التِّقَاطُهَا ، فَتُمْلِكُ بِهِ ، كَالْأَثْمَانِ . ثُمَّ إِذَا لَمْ تُمْلِكْ فِي الْحَرَمِ ، لَا تُمْلِكُ فِي الْحِلِّ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْحَرَمَ مُبَيَّنٌّ بِكُنُوفِهِ لِقُطْعَتِهِ لَا يَلْتَقِطُهَا إِلَّا مُنْشِدٌ ، وَهَذَا لَمْ تُمْلِكْ الْأَثْمَانُ بِالتِّقَاطِهَا فِيهِ ، فَلَا يَلْزَمُ أَنْ لَا^(٢٤) تُمْلِكْ فِي مَوْضِعٍ لَمْ يُوجَدِ الْمَانِعُ فِيهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ النَّصَّ خَاصٌّ فِي الْأَثْمَانِ . قُلْنَا : بَلْ هُوَ عَامٌّ فِي كُلِّ لُقْطَةٍ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِعُمُومِهِ ، وَإِنْ وَرَدَ فِيهَا نَصٌّ خَاصٌّ ، فَقَدْ رَوَى خَبَرٌ عَامٌّ ، فَيُعْمَلُ بِهِمَا ، ثُمَّ قَدْ رَوَيْنَا نَصًّا خَاصًّا فِي الْعُرُوضِ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِهِ ، كَمَا وَجَبَ الْعَمَلُ بِالْخَاصِّ فِي الْأَثْمَانِ ، ثُمَّ

(٢٢) في م : « أيضا » .

ولعل هذا في السنن الكبرى .

كما أخرجه الطحاوى ، في : باب اللقطة والضوال ، من كتاب الإجازات . شرح معاني الآثار ١٣٧/٤ ،

١٣٨ .

(٢٣) في النسخ : « الصباح » . والتصويب من المشتبه ٤٠٦ .

(٢٤) سقط من : الأصل .

لو اِخْتَصَرَ الْخَبَرُ بِالْإِثْمَانِ ، لَوَجَبَ أَنْ يُقَاسَ عَلَيْهَا مَا كَانَ فِي مَعْنَاهَا ، كَسَائِرِ النُّصُوصِ
الَّتِي عُقِلَ مَعْنَاهَا وَوُجِدَ فِي غَيْرِهَا ، وَهُنَا قَدْ وَجِدَ الْمَعْنَى ، فَيَجِبُ قِيَاسُهُ عَلَى
الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ، أَوْ نَقُولُ : إِنْ الْمَعْنَى هُنَا أَكَّدَ ، فَيُثَبِّتُ الْحُكْمُ فِيهِ بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ .
وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ الْإِثْمَانَ لَا تُثَلَّفُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ عَلَيْهَا ، وَانْتِظَارِ صَاحِبِهَا بِهَا أَبَدًا ، وَالْعُرُوضُ
تُثَلَّفُ بِذَلِكَ ، فَفِي التَّدَايِ عَلَيْهَا دَائِمًا هَلَاكُهَا ، وَضِيَاغُ مَالِيَّتِهَا عَلَى صَاحِبِهَا ،
وَمُلْتَقِطُهَا ، وَسَائِرِ النَّاسِ ، فِي (٢٥) إِبَاحَةِ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا وَمِلْكِهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، حِفْظًا
لِمَالِيَّتِهَا عَلَى صَاحِبِهَا بِدَفْعِ قِيَمَتِهَا إِلَيْهِ (٢٦) ، وَتَقَعُ لغيره ، فَيَجِبُ ذَلِكَ لِتَنْهِي النَّبِيِّ ﷺ
عَنِ إِضَاعَةِ الْمَالِ ، وَلَمَّا فِيهِ مِنَ الْمَصْلَحَةِ وَالْحِفْظِ (٢٧) لِمَالِ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ وَعَلَى أَخِيهِ ،
وَلَأَنَّ فِي إِبْرَاءِ الْمِلْكِ فِيهَا حَاقًا عَلَى التَّقَاطُطِ وَحِفْظِهَا وَتَعْرِيفِهَا ، لِكُونِهِ وَسِيلَةً إِلَى الْمِلْكِ
الْمَقْصُودِ لِلْآدَمِيِّ ، وَفِي نَفْيِ مِلْكِهَا تَضْيِيعُهَا ، لَمَّا فِي التَّقَاطُطِ مِنَ الْخَطَرِ
وَالْمَشَقَّةِ (٢٨) وَالْكُلْفَةِ / مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ يَصِلُ إِلَيْهِ ، فَيُؤَدَّى إِلَى أَنْ لَا يَلْتَقِطَهَا أَحَدٌ لِتَعْرِيفِهَا
فَتَضْيِيعُ . وَمَا ذَكَرُوهُ فِي الْفَرْقِ مُلَغًى بِالشَّائَةِ ، فَقَدْ ثَبَتَ الْمِلْكُ فِيهَا مَعَ هَذَا الْفَرْقِ ، ثُمَّ
يُمْكِنُنَا أَنْ نَقِيسَ عَلَى الشَّائَةِ ، فَلَا يَحْصُلُ هَذَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْأَصْلِ وَالْفَرْعِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .
ثُمَّ نَقْلِبُ (٢٩) دَلِيلَهُمْ ، فنَقُولُ : لُقْطَةُ لَا تُمْلِكُ فِي الْحَرَمِ ، فَمَا أُبِيحَ التَّقَاطُطُ مِنْهَا مُلْكُ
إِذَا كَانَ فِي الْحِلِّ ، كَالِإِبِلِ .

فصل : وظاهر كلام أحمد والخِرَقِيِّ ، أَنَّ لُقْطَةَ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ . وَرَوَى ذَلِكَ
عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَعَائِشَةَ ، وَابْنِ الْمُسَيَّبِ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَأَبِي
حَنِيفَةَ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّقَاطُطُ لُقْطَةِ الْحَرَمِ لِلتَّمْلُكِ ، وَإِنَّمَا

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : « وَفِي » .

(٢٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٧) فِي م : « وَالْحِظ » .

(٢٨) فِي م : « وَالثَّقَّة » .

(٢٩) فِي م : « قَلْب » .

يجوز لحفظها^(٣٠) لصاحبها ، فإن التقطها عرفها أبداً حتى يأتي صاحبها . وهو قول عبد الرحمن بن مهدي ، وأبي عبيد . وعن الشافعي كالمذهبيين . والحجة لهذا القول قول النبي ﷺ في مكة : « لَا تَحِلُّ سَاقِطَتُهَا إِلَّا لِلْمُنْشِدِ » . متفق عليه^(٣١) . وقال أبو عبيد^(٣٢) : المنشد المَعْرُوف ، والناشد الطالِب . وينشد :

إصاحَة النا شد لِلْمُنْشِدِ

فيكون معناه لَا تَحِلُّ لِقَطْعَةِ مَكَّةَ إِلَّا لِمَنْ يُعْرِفُهَا ؛ لأنها خُصَّتْ بهذا من سائر البلدان . وَرَوَى يَعْقُوبُ بْنُ شَيْبَةَ ، فِي « مُسْنَدِهِ »^(٣٣) عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عُثْمَانَ التَّيْمِيِّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ لِقَطْعَةِ الْحَاجِّ . قَالَ ابْنُ وَهْبٍ : يَعْنِي يَتْرُكُهَا حَتَّى يَجِدَهَا صَاحِبُهَا . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٣٤) أَيْضًا . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى عُمُومُ الْأَحَادِيثِ ، وَأَنَّهُ أَخَذَ الْحَرَمَيْنِ ، فَأَشْبَهَ حَرَمَ الْمَدِينَةِ ، وَلِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فَلَمْ يَخْتَلِفْ حُكْمُهَا بِالْحِلِّ وَالْحَرَمِ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِلَّا لِلْمُنْشِدِ » . يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ إِلَّا لِمَنْ عَرَفَهَا عَامًّا ،

(٣٠) فِي م : « حَفْظُهَا » .

(٣١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ كَيْفَ تَعْرِفُ لِقَطْعَةَ أَهْلِ مَكَّةَ ، مِنْ كِتَابِ اللَّقْطَةِ ، وَفِي : بَابِ وَقَالَ اللَّيْثُ حَدَّثَنِي يُونُسُ ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي ، وَفِي : بَابِ مَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلَ فَهُوَ يَخْرِجُ النَّظَرَيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَّاتِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٦٤/٣ ، ١٦٥ ، ١٩٤/٥ ، ٦/٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ مَكَّةَ وَصَيْدِهَا وَخِلَافِهَا ... ، مِنْ كِتَابِ الْحَجِّ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٩٨٨/٢ ، ٩٨٩ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ حَرَمِ مَكَّةَ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٤٦٥/١ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ أَنْ يَنْفَرُ صَيْدَ الْحَرَمِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ . الْمُجْتَبَى ١٦٦/٥ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ فَضْلِ مَكَّةَ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةٍ ١٠٣٨/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنْ لِقَطْعَةِ الْحَاجِّ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنُ الدَّارِمِيِّ ٢٦٥/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣١٨/١ ، ٣٤٨ ، ٢٣٨/٢ .

(٣٢) فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ ١٣٣/٢ .

(٣٣) يَعْقُوبُ بْنُ شَيْبَةَ السُّدُوسِيُّ الْبَصْرِيُّ الْحَافِظُ ، صَاحِبُ الْمُسْنَدِ الْمَعْلُولِ ، تَوَفَّى سَنَةَ اثْنَتَيْنِ وَسِتِّينَ وَمِائَتَيْنِ . الْعَبَرِ ٢٥/٢ .

(٣٤) فِي كِتَابِ اللَّقْطَةِ ، سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٣٩٩/١ .

كَأَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ فِي لِقَطْعَةِ الْحَاجِّ ، مِنْ كِتَابِ الْحَجِّ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٣٥١/٣ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٩٩/٣ .

وَتُخَصِّصُهَا بِذَلِكَ لِتَأْكِيدِهَا ، لَا لِتُخَصِّصِهَا ، كَقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « ضَالَّةُ الْمُسْلِمِ حَرَقُ النَّارِ » (٣٥) . وَضَالَّةُ الدَّمِيِّ مَقْيِسَةٌ (٣٦) عَلَيْهَا .

فصل : إِذَا التَّقَطُّ لُقْطَةً ، عَازِمًا عَلَى تَمْلِكِهَا بِغَيْرِ تَعْرِيفٍ ، فَقَدْ فَعَلَ مُحَرَّمًا ، وَلَا يَجِلُّ لَهُ أَخْذُهَا بِهَذِهِ النِّيَّةِ ، فَإِذَا أَخْذَهَا ، لَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، سِوَاءَ تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِ (٣٧) أَوْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، وَلَا يَمْلِكُهَا وَإِنْ عَرَّفَهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخْذَ مَالٍ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَخْذُهُ ، فَأَشْبَهَ الْغَاصِبَ . نَصٌّ عَلَى هَذَا أَحْمَدُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكُهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهَا بِالتَّعْرِيفِ وَالِاتِّقَاطِ ، وَقَدْ وَجِدَ ، فَيَمْلِكُهَا بِهِ ، كَالِاصْطِلَاحِ وَالِاخْتِشَاشِ ، فَإِنَّهُ لَوْ دَخَلَ حَائِطًا لغيرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَاحْتَشَّ أَوْ اصْطَادَ مِنْهُ صَبِيًّا ، / مَلَكَهُ ، وَإِنْ كَانَ دُخُولُهُ مُحَرَّمًا ، ١٨٨/٥ و كَذَا هُنَا . وَلَأنَّ عُمُومَ النَّصِّ يَتَنَاوَلُ هَذَا الْمُتَلَقَّطَ ، فَيُثْبِتُ حُكْمَهُ فِيهِ ، وَلَأنَّا لَوْ اعْتَبَرْنَا نِيَّةَ التَّعْرِيفِ وَفَتْ الِاتِّقَاطِ ، لَافْتَرَقَ الْحَالُ بَيْنَ الْعَدْلِ وَالْفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ وَالسَّفِيهِ ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ عَلَى هَؤُلَاءِ الِاتِّقَاطِ لِلتَّمْلِكِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ .

٩٤١ - مسألة ؛ قال : (وَحَفِظَ وَكَأَهَا وَعِفَاصَهَا ، وَحَفِظَ عَدَدَهَا وَصِفَتَهَا)

الأَصْلُ فِي هَذَا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ ، فِي حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ : « اَعْرِفْ وَكَأَهَا وَعِفَاصَهَا » (١) . وَقَالَ فِي حَدِيثِ أَبِي بَنْدَةَ : « اَعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَأَهَا وَعَدَدَهَا ، ثُمَّ عَرَّفَهَا سَنَةً » (٢) . وَفِي لَفْظٍ عَنْ أَبِي بَنْدَةَ ، أَنَّهُ قَالَ :

(٣٥) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي النَّهْيِ عَنِ الشَّرْبِ قَائِمًا ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَشْرَبَةِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٧٤/٨ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ ضَالَّةِ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ ، مِنْ كِتَابِ اللَّقْطَةِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةٍ ٨٣٦/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الضَّالَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢٦٦/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٥/٤ ، ٨٠/٥ .

(٣٦) فِي الْأَصْلِ : « مَقْيِسٌ » .

(٣٧) فِي م : « بِتَفْرِيطِهِ » .

(١) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٩٠ .

(٢) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٩٢ .

وَجَدْتُ مِائَةَ دِينَارٍ ، فَأَتَيْتُ بِهَا النَّبِيَّ ﷺ ، فَقَالَ : « عَرَفَهَا حَوْلًا » . فَعَرَفْتُهَا حَوْلًا فَلَمْ تُعَرَفْ ، فَارْجَعْتُ إِلَيْهِ ، فَقَالَ : « اَعْرِفْ عِدَّتَهَا وَوِعَاءَهَا وَوِكَاءَهَا ، وَاخْلُطْهَا بِمَالِكَ ، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَأَدِّهَا إِلَيْهِ » . فَقِي هَذَا الْحَدِيثُ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، وَفِي غَيْرِهِ أَمَرَهُ بِمَعْرِفَتِهَا حِينَ التَّقَاطُفِ قَبْلَ تَعْرِيفِهَا^(٣) . وَهُوَ الْأَوَّلَى ؛ لِتَحْصُلِ عِنْدَهُ عِلْمُ ذَلِكَ ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا فَتَعَمَّتْهَا ، غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ فَيَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ^(٤) حِينَئِذٍ . وَإِنْ أَخَّرَ مَعْرِفَةَ ذَلِكَ إِلَى حِينَ يَجِيءُ بِأُغْيَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ بِمَعْرِفَتِهَا حِينَئِذٍ . وَإِنْ لَمْ يَجِيءْ طَالِبُهَا ، فَأَرَادَ التَّصَرُّفَ فِيهَا بَعْدَ الْحَوْلِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ حَتَّى يَعْرِفَ صِفَاتِهَا ؛ لِأَنَّ عَيْنَهَا تَنْعَدِمُ بِالتَّصَرُّفِ ، فَلَا يَبْقَى لَهُ سَبِيلٌ إِلَى مَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا إِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا . وَكَذَلِكَ إِنْ خَلَطَهَا بِمَالِهِ عَلَى وَجْهِ لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، فَيَكُونُ أَمْرُ النَّبِيِّ ﷺ لِأُبَيٍّ بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا عِنْدَ خَلْطِهَا بِمَالِهِ أَمْرٌ لِإِبْرَاهِيمَ مُضِيِّقٍ ، وَأَمْرُهُ لِزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ بِمَعْرِفَةِ ذَلِكَ حِينَ الْإِتْقَاطِ وَاجِبًا مُوسَعًا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . قَالَ الْقَاضِي : يَنْبَغِي أَنْ يَعْرِفَ جِنْسَهَا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، وَنَوْعَهَا ، وَإِنْ كَانَتْ ثِيَابًا عَرَفَ لُفَافَتَهَا وَجِنْسَهَا ، وَيَعْرِفُ قَدْرَهَا بِالْكَيْلِ ، وَبِالْوَزْنِ ، أَوْ بِالْعَدْدِ ، أَوْ بِالذَّرْعِ ، وَيَعْرِفُ الْعَقْدَ عَلَيْهَا ، هَلْ هُوَ عَقْدٌ وَاحِدٌ أَوْ أَكْثَرُ ، أَنْشُوطَةٌ^(٥) أَوْ غَيْرُهَا ، وَيَعْرِفُ صِمَامَ الْقَارُورَةِ^(٦) الَّذِي يَدْخُلُ رَأْسَهَا ، وَعِفَاصَهَا الَّذِي تَلْبَسُهُ .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَيْهَا حِينَ يَجِدُّهَا . قَالَ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : لَا أُجِبُّ أَنْ يَمَسَّهَا حَتَّى يُشْهَدَ عَلَيْهَا . فظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ مُسْتَحَبٌّ غَيْرُ وَاجِبٍ ، وَأَنَّهُ إِنْ لَمْ يُشْهَدَ عَلَيْهَا لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ . وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا لَمْ يُشْهَدَ عَلَيْهَا ضَمِنَهَا ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ وَجَدَ لَقَطَةً ، فَلْيُشْهَدْ ذَا عَدْلٍ ، أَوْ ذَوِي ظ ١٨٨/٥

(٣) فِي م : « التَّعْرِيفِ » .

(٤) فِي م : « عَلَيْهِ » .

(٥) الْأَنْشُوطَةُ : عَقْدَةٌ يَسْهُلُ اخْتِلَافُهَا .

(٦) (٦ - ٦) فِي م : « الَّتِي تَدْخُلُ » .

عَدْلٍ»^(٧) . وهذا أَمْرٌ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ ، وَلأنَّهُ إِذَا لَمْ يُشْهِدْ كَانَ الظَّاهِرُ أَنَّهُ أَخَذَهَا لِنَفْسِهِ . وَلَنَا ، حَبْرُ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ ، وَأَبِيٌّ بْنُ كَعْبٍ ، فَإِنَّهُ أَمَرَهُمَا بِالتَّعْرِيفِ دُونَ الْإِشْهَادِ ، وَلَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْبَيَانِ عَنْ وَقْتِ الْحَاجَةِ ، فَلَوْ كَانَ وَاجِبًا لَبَيَّنَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، سِيَّما وَقَدْ سُئِلَ عَنْ حُكْمِ اللَّقْطَةِ فَلَمْ يَكُنْ لِيُخْلَ بِذِكْرِ الْوَاجِبِ فِيهَا ، فَيَتَعَيَّنَ حَمْلُ الْأَمْرِ فِي حَدِيثِ عِيَّاضٍ^(٨) عَلَى التَّنْذِيرِ وَالِاسْتِحْبَابِ . وَلأنَّهُ أَخَذَ أَمَانَةً ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الْإِشْهَادِ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَالْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرُوهُ غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّهُ إِذَا حَفِظَهَا وَعَرَّفَهَا فَلَمْ يَأْخُذْهَا لِنَفْسِهِ ، وَفَائِدَةُ الْإِشْهَادِ صِيَانَةُ نَفْسِهِ عَنْ^(٩) الطَّمَعِ فِيهَا ، وَكَنُهَا وَحِفْظُهَا مِنْ وَرَثَتِهِ إِنْ مَاتَ ، وَمِنْ غُرْمَاتِهِ إِنْ أَفْلَسَ . وَإِذَا أَشْهَدَ عَلَيْهَا ، لَمْ يَذْكُرْ لِلشُّهُودِ صِفَاتِهَا ، لِئَلَّا يَتَشَبَّهَ ذَلِكَ فَيُدْعَى عَلَيْهَا مَنْ لَا يَسْتَحِقُّهَا ، وَيَذْكُرْ صِفَاتِهَا ، كَمَا قُلْنَا فِي التَّعْرِيفِ ، وَلَكِنْ يَذْكُرْ لِلشُّهُودِ مَا يَذْكُرُهُ فِي التَّعْرِيفِ مِنَ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ ، وَقَدْ سَأَلَهُ : إِذَا أَشْهَدَ^(١٠) عَلَيْهَا هَلْ يُبَيِّنُ كَمْ هِيَ ؟ قَالَ : لَا ، وَلَكِنْ يَقُولُ : قَدْ أَصَبْتُ لُقْطَةً . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَكْتُبَ صِفَاتِهَا ؛ لِيَكُونَ أَثْبَتَ لَهَا ، مَخَافَةَ أَنْ يَنْسَاهَا إِنْ اقْتَصَرَ عَلَى حِفْظِهَا بِقَلْبِهِ ، فَإِنَّ الْإِنْسَانَ عَرَضُ النَّسْيَانِ .

٩٤٢ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَوَصَفَهَا لَهُ ، دُفِعَتْ إِلَيْهِ بِلَا بَيِّنَةٍ)

يعنى إِذَا وَصَفَهَا بِصِفَاتِهَا الْمَذْكُورَةِ ، دَفَعَهَا إِلَيْهِ ، سِوَاءَ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ أَوْ لَمْ يَغْلِبْ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَذَاوُدُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، وَيَجُوزُ^(١١) لَهُ دَفْعُهَا إِلَيْهِ إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ . قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ شَاءَ دَفَعَهَا إِلَيْهِ وَأَخَذَ كَفِيلًا بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ :

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٧ .

(٨) تقدم في صفحة ٢٩٧ .

(٩) في الأصل : من .

(١٠) في م : شهد .

(١١) في م : ولا يجوز .

« الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى »^(٢) . وَلأنَّ صِفَةَ الْمُدَّعَى لَا يَسْتَحِقُّ بِهَا كَالْمَعْصُوبِ . وَلَنَا ،
 قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِنْ جَاءَكَ أَحَدٌ يُخْبِرُكَ بِعَدِيدِهَا وَوَعَائِهَا وَوَكَائِهَا ، فَأَذْفَعُهَا
 إِلَيْهِ »^(٣) . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : هَذَا الثَّابِتُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَبِهِ أَقُولُ . وَرَوَاهُ ابْنُ
 الْقَصَّارِ^(٤) : « فَإِنْ جَاءَ بَاغِيهَا ، وَوَصَفَ عِفَاصَهَا وَعَدَدَهَا ، فَأَذْفَعُهَا إِلَيْهِ » . وَفِي
 حَدِيثِ زَيْدِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ : « اَعْرِفْ وَكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا ، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ لَمْ
 تُعْرِفْ ، فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ ، فَأَذْهَبْهَا إِلَيْهِ »^(٥) . يَعْنِي إِذَا / ١٨٩/٥
 ذَكَرَ صِفَاتِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمَذْكُورُ فِي صَدْرِ الْحَدِيثِ ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْبَيِّنَةُ فِي شَيْءٍ مِنَ
 الْحَدِيثِ ، وَلَوْ كَانَتْ شَرْطًا لِلدَّفْعِ ، لَمْ يَجُزِ الْإِخْلَالُ بِهِ ، وَلَا أَمَرَ بِالَدَّفْعِ بِذَوْنِهِ ،
 وَلأنَّ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى اللَّقْطَةِ تَتَعَذَّرُ ؛ لِأَنَّهَا^(٦) « إِنَّمَا سَقَطَتْ »^(٧) حَالُ الْعَقْلَةِ وَالسَّهْوِ ،
 « فَتَوْقِيفُ دَفْعِهَا عَلَيْهَا »^(٨) مَنَعَ لَوْصُولِهَا إِلَى صَاحِبِهَا أَبَدًا ، وَهَذَا يُفَوِّتُ مَقْصُودَ
 الْإِلْتِقَاطِ ، وَيُفْضِي إِلَى تَضْيِيعِ أَمْوَالِ النَّاسِ ، وَمَا هَذَا سَبِيلُهُ يَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْبَيِّنَةِ فِيهِ ،
 كَالِإِتِّفَاقِ عَلَى الْيَتِيمِ ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ هَذَا الْقَوْلِ وَبَيْنَ تَفْضِيلِ الْإِلْتِقَاطِ عَلَى تَرْكِهِ مُتَّفَقٌ
 جَدًّا ؛ لِأَنَّ الْإِلْتِقَاطَ حَيْثُ يُدْعَى بِتَضْيِيعِ مَالِ الْمُسْلِمِ يَقِينًا ، وَإِعْتَابًا لِنَفْسِهِ بِالتَّعْرِيفِ
 الَّذِي لَا يُفِيدُ ، وَالْمُخَاطَرَةَ بِدِينِهِ بِتَرْكِهِ الْوَاجِبَ مِنْ تَعْرِيفِهَا ، وَمَا هَذَا سَبِيلُهُ يَجِبُ
 أَنْ يَكُونَ حَرَامًا ، فَكَيْفَ يَكُونُ فَاضِلًا . وَعَلَى هَذَا نَقُولُ : لَوْ لَمْ يَجِبْ دَفْعُهَا بِالصَّفَةِ ،
 لَمْ يَجُزِ الْإِلْتِقَاطُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى » . يَعْنِي إِذَا
 كَانَ ثُمَّ مُنْكَرٌ ؛ لِقَوْلِهِ فِي سِيَاقِهِ : « وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » . وَلَا مُنْكَرَ هُنَا ، عَلَى
 أَنَّ الْبَيِّنَةَ تَحْتَلِفُ ، وَقَدْ جَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ بَيِّنَةَ مُدَّعَى اللَّقْطَةِ وَصَفَهَا ، فَإِذَا وَصَفَهَا فَقَدْ

(٢) تقدم تخريجه في : ٥٢٥/٦ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٤) لعله يعني أبا إسحاق إبراهيم بن عبد الله الأصبهاني المعدل القصار ، المتوفى سنة ثلاث وسبعين وثلاثمائة . انظر :

الأنساب ١٦٣/١٠ ، ١٦٤ .

(٥ - ٥) في الأصل : « تسقط » .

(٦ - ٦) في م : « فتوقف دفعها » .

أَقَامَ بَيِّنَتَهُ . وَقِيَاسُ اللَّقْطَةِ عَلَى الْمَعْصُوبِ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ التَّرَاعُ ثُمَّ فِي كَوْنِهِ
مَعْصُوبًا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ ، وَقَوْلُ الْمُتَكْرِ يُعَارِضُ دَعْوَاهُ ، فَاجْتِيحَ إِلَى الْبَيِّنَةِ ، وَهَهُنَا
قَدْ ثَبَتَ كَوْنُ هَذَا الْمَالِ لُقْطَةً ، وَأَنَّ لَهُ صَاحِبًا غَيْرَ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، وَلَا مُدَّعَى لَهُ إِلَّا
الْوَاصِفُ ، وَقَدْ تَرَجَّحَ صِدْقُهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُدْفَعَ إِلَيْهِ .

فصل : فَإِنْ وَصَفَهَا اثْنَانِ ، أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ حَلَفَ أَنَّهَا لَهُ ،
وَسَلَّمَتْ إِلَيْهِ . وَهَكَذَا إِنْ ^(٧) أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ حَلَفَ ،
وَدُفِعَتْ إِلَيْهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا ^(٨) تَسَاوَيَا
فِيمَا يُسْتَحَقُّ بِهِ الدَّفْعُ ، فَتَسَاوَيَا فِيهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا . وَالَّذِي قُلْنَا هُـ أَصَحُّ وَأَشْبَهُ
بِأَصُولِنَا ، فِيمَا إِذَا تَدَاعَا عَيْنًا فِي يَدٍ غَيْرِهِمَا ، وَلِأَنَّهُمَا تَدَاعَا عَيْنًا فِي يَدٍ ^(٩) غَيْرِهِمَا ،
وَتَسَاوَيَا فِي الْبَيِّنَةِ ، أَوْ فِي عَدَمِهَا ، فَتَكُونُ لِمَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، كَمَا لَوْ ادَّعَا وَدِيعَةً فِي يَدِ
إِنْسَانٍ ، فَقَالَ : هِيَ لِأَحَدِكُمَا ، لَا أُعْرِفُهُ عَيْنًا . وَفَارَقَ مَا إِذَا كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا ؛ لِأَنَّ يَدَ
كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نَصْفِهِ ^(١٠) ، فَتَرَجَّحَ قَوْلُهُ فِيهِ . وَإِنْ وَصَفَهَا إِنْسَانٌ ، فَأَقَامَ آخِرُ الْبَيِّنَةِ
أَنَّهَا لَهُ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّهَا أَقْوَى مِنَ الْوَصْفِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَاصِفُ قَدْ أَخَذَهَا ،
اِثْرَعَتْ مِنْهُ ، وَرُدَّتْ إِلَى صَاحِبِ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّهَا لَهُ ، فَإِنْ كَانَتْ ^(١١) قَدْ
هَلَكَتْ ، فَلِصَاحِبِهَا / تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنَ الْوَاصِفِ أَوْ الدَّافِعِ إِلَيْهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو

١٨٩/٥ ظ

حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيَّ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَلْزَمَ الْمُلتَقِطُ شَيْءً . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ صَاحِبِ
مَالِكٍ ، وَأَبَى عُبَيْدٍ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا أَمَرَ بِهِ ، وَهُوَ ^(١٢) أَمِينٌ غَيْرُ مُفْرِطٍ وَلَا مُقْصِرٍ ، فَلَا يَضْمَنُ
كَأَلَوْ دَفَعَهَا بِأَمْرِ الْحَاكِمِ ، وَلِأَنَّ الدَّفْعَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ ، فَصَارَ الدَّفْعُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، فَلَمْ
يَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ أَخَذَهَا كَرَهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ دَفَعَ مَالَ غَيْرِهِ إِلَى غَيْرٍ مُسْتَحِقِّهِ اخْتِيَارًا مِنْهُ ،

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) تكملة لازمة .

(٩) في الأصل : « نصفها » .

(١٠) في م : « كان » .

(١١) في م : « لأنه » .

فَضَمَّنَهُ ، كَالْوَدِيعَةِ إِلَى غَيْرِ مَالِكِهَا ، إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ مَالِكُهَا . فَأَمَّا إِنْ دَفَعَهَا بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، لَمْ يَمْلِكْ صَاحِبُهَا مُطَالَبَةَ الدَّافِعِ ؛ لِأَنَّهَا مَأْخُودَةٌ مِنْهُ عَلَى سَبِيلِ الْقَهْرِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَالْوَدِيعَةِ غَاصِبٌ . وَمَتَى ضَمَّنَ الْوَاصِفُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ الْعُدْوَانَ مِنْهُ وَالتَّلَفَ عِنْدَهُ . فَإِنْ ضَمَّنَ الدَّافِعُ ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ سَبَبَ تَغْرِيبِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُتَلَقِّطُ قَدْ أَقْرَ لِلوَاصِفِ أَنَّهُ صَاحِبُهَا وَمَالِكُهَا ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ أَنَّهُ صَاحِبُهَا وَمُسْتَحِقُّهَا ، وَأَنْ صَاحِبَ الْبَيِّنَةِ ظَلَمَهُ بِتَضْمِينِهِ ، فَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى غَيْرِ مَنْ ظَلَمَهُ . وَإِنْ كَانَتِ اللَّقْطَةُ قَدْ تَلَفَتْ عِنْدَ الْمُتَلَقِّطِ ، فَضَمَّنَتْهُ إِيَّاهَا ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ بِمَا غَرِمَهُ ، وَلَيْسَ لِمَالِكِهَا تَضْمِينُ الْوَاصِفِ ؛ لِأَنَّ الَّذِي قَبَضَهُ إِنَّمَا هُوَ مَالُ الْمُتَلَقِّطِ ، لَا مَالُ صَاحِبِ اللَّقْطَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا سَلَّمَ الْعَيْنَ . فَأَمَّا إِنْ وَصَفَهَا إِنْسَانٌ ، فَأَخَذَهَا ، ثُمَّ جَاءَ آخَرُ فَوَصَفَهَا وَادَّعَاهَا ، لَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ اسْتَحَقَّهَا لِوَصْفِهِ إِيَّاهَا ، وَعَدَمِ الْمُنَازَعِ فِيهَا ، وَتَبَيَّنَتْ يَدُهُ عَلَيْهَا ، وَلَمْ يُوجَدْ مَا يَقْتَضِي انْتِزَاعَهَا مِنْهُ ، فَوَجَبَ إِنْقَاؤُهَا لَهُ ، كَسَائِرِ مَالِهِ .

فصل : ولو جاء مُدَّعٍ لِلْقَطْعِ ، فَلَمْ يَصِفْهَا ، وَلَا أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهَا لَهُ ، لَمْ يَجُزْ دَفْعُهَا إِلَيْهِ ، سِوَاءَ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ أَوْ كَذِبُهُ ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ ، فَلَمْ يَجُزْ دَفْعُهَا إِلَى مَنْ لَمْ يُثَبِّتْ أَنَّهُ صَاحِبُهَا ، كَالْوَدِيعَةِ ، فَإِنْ دَفَعَهَا ، فَجَاءَ آخَرُ فَوَصَفَهَا ، أَوْ أَقَامَ ^(١٢) بَيِّنَةً ، لَزِمَ الْوَاصِفَ غَرَامَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ قَوَّيْنَاهَا عَلَى مَالِكِهَا بِتَفْرِيطِهِ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَى مُدَّعِيهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ ، وَلِصَاحِبِهَا تَضْمِينُ أَخِيذِهَا ، فَإِذَا ضَمَّنَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ لَمْ يَأْتِ أَحَدٌ يَدَّعِيهَا فَلِلْمُتَلَقِّطِ مُطَالَبَةُ أَخِيذِهَا بِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ ^(١٣) مَجِيءَ صَاحِبِهَا ، فَيُغَرِّمُهُ إِيَّاهَا ، وَلِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، فَمَلَكَ أَخِيذَهَا مِنْ غَاصِبِهَا ، كَالْوَدِيعَةِ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « بَهَا » .

(١٣) فِي مِ زِيَادَةٌ : « مِنْ » .

٩٤٣ - مسألة ؛ قال : (أَوْ مِثْلُهَا إِنْ كَانَتْ قَدْ اسْتَهْلَكَتْ)

وجملة ذلك أَنَّ اللَّقْطَةَ فِي الْحَوْلِ / أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُلتَقِطِ ، إِنْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ أَوْ ١٩٠/٥ وَ
تَقَصَّتْ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَمَتَى جَاءَ صَاحِبُهَا ، فَوَجَدَهَا أَخَذَهَا بِرِيَازَتِهَا
الْمُتَّصِلَةِ وَالْمُنْفَصِلَةِ ؛ لِأَنَّهَا نَمَاءٌ مِلْكِهِ . وَإِنْ أَتَلَفَهَا الْمُلتَقِطُ ، أَوْ تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِهِ ،
ضَمِنَهَا بِمِثْلِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، وَبَقِيَمَتِهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِثْلٌ . لَا أَعْلَمُ فِي
هَذَا خِلَافًا . وَإِنْ تَلَفَتْ بَعْدَ الْحَوْلِ ، ثَبَتَ فِي ذِمَّتِهِ مِثْلُهَا أَوْ قِيَمَتُهَا بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهَا
دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ ، وَتَلَفَتْ مِنْ مَالِهِ ، وَسَوَاءٌ فَرَطَ فِي حِفْظِهَا أَوْ لَمْ يَفَرُطْ . وَإِنْ وَجَدَ
الْعَيْنَ نَاقِصَةً ، وَكَانَ تَقْصُصُهَا بَعْدَ الْحَوْلِ ، أَخَذَ الْعَيْنَ وَأَرَشَ تَقْصِصَهَا ؛ لِأَنَّ جَمِيعَهَا
مَضْمُونٌ إِذَا تَلَفَتْ ، فَكَذَلِكَ إِذَا تَقَصَّتْ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ ^(١) الَّذِينَ حَكَمُوا
بِمِلْكِهِ لَهَا بِمُضِيِّ حَوْلِ التَّعْرِيفِ ، وَأَمَّا مَنْ قَالَ : لَا يَمْلِكُهَا حَتَّى يَتَمَلَّكَهَا . لَمْ يُضْمَنْهُ
إِيَّاهَا حَتَّى يَتَمَلَّكَهَا ، وَحُكْمُهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهِ إِيَّاهَا حُكْمُهَا قَبْلَ مُضِيِّ حَوْلِ التَّعْرِيفِ .
وَمَنْ قَالَ : لَا تَمْلِكُ اللَّقْطَةَ بِحَالٍ . لَمْ يُضْمَنْهُ إِيَّاهَا . وَبِهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالنَّخَعِيُّ ،
وَأَبُو مِجَلَزٍ ، وَالْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو يَوْسَفَ ، قَالُوا : لَا يَضْمَنُ ، وَإِنْ
ضَاعَتْ بَعْدَ الْحَوْلِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ دَلِيلَ دُخُولِهَا فِي مِلْكِهِ . وَقَالَ دَاوُدُ : إِذَا
تَمَلَّكَ الْعَيْنَ وَأَتَلَفَهَا ، لَمْ يُضْمَنْهَا . وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَوْحٌ إِلَى
مِثْلِ هَذَا الْقَوْلِ ؛ لِحَدِيثِ عِيَّاضِ بْنِ حِمَارٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « فَإِنْ جَاءَ
رَبُّهَا ، وَإِلَّا فَهِيَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » ^(٢) . فَجَعَلَهُ مُبَاحًا . وَقَوْلُهُ فِي حَدِيثِ أَبِي بَنْ
كَعْبٍ : « فَإِنْ جَاءَ مَنْ يَعْرِفُهَا ، وَإِلَّا فَهِيَ كَسَبِيلِ مَالِكَ » ^(٣) . وَفِي حَدِيثِ زَيْدٍ :
« فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا فَشَأْنُكَ بِهَا » ^(٤) . وَرَوَى : « فَهِيَ لَكَ » . وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِرَدِّ

(١) فِي م : (الْعُلَمَاءُ) .

(٢) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٩٧ .

(٣) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٩٢ .

(٤) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٩٠ .

بدلها . ولنا ، قول النبي ﷺ : « فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ ، فَأَذْفَعَهَا إِلَيْهِ »^(٥) . وقال الأثرم : قال أحمد : أذهب إلى حديث الضحاك بن عثمان . جوده ، ولم يروه أحد مثل ما رواه : « إِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَ سَنَةٍ ، وَقَدْ أَنْفَقَهَا ، رَدَّهَا إِلَيْهِ »^(٦) . لأنها عَيْنٌ يَلْزَمُ رَدُّهَا لَوْ كَانَتْ بَاقِيَةً ، فَيَلْزَمُهُ ضَمَانُهَا إِذَا أَتَلَفَهَا ، كَمَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، وَلِأَنَّهُ مَالٌ مَغْصُومٌ ، فَلَمْ يَجْزِ اسْتِقْطَ حَقِّهِ مِنْهُ مُطْلَقًا ، كَمَا لَوْ اضْطُرَّ إِلَى مَالٍ غَيْرِهِ . وَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ زَائِدَةً بَعْدَ الْحَوْلِ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، أَخَذَهَا بِزِيَادَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَتَّبِعُ فِي الرَّدِّ بِالْعَيْنِ وَالْإِقَالَةِ ، فَتَبِعَتْ هُنَا . وَإِنْ حَدَثَ بَعْدَ الْحَوْلِ لَهَا تَمَاءٌ مُتَفَصِّلٌ ، فَهُوَ لِلْمُلْتَقِطِ ؛ لِأَنَّهُ تَمَاءٌ مِلْكُهُ مُتَمَيِّزٌ لَا يَتَّبِعُ فِي / الفسوخ ، فكان له ، كَتَمَاءِ الْمَيْسِعِ إِذَا رُدَّ بِعَيْبٍ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهِ وَجْهًا آخَرَ ، بِنَاءً عَلَى الْمُفْلِسِ إِذَا اسْتَرْجِعَتْ مِنْهُ الْعَيْنُ بَعْدَ أَنْ زَادَتْ زِيَادَةً مُتَمَيِّزَةً ، وَالْوَلَدُ إِذَا اسْتَرْجَعَ أَبُوهُ مَا وَهَبَهُ^(٧) له بعد زيادته . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُلْتَقِطِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ . وَكَذَلِكَ الصَّحِيحُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ اللَّذَيْنِ ذَكَرَهُمُ^(٨) أَنَّ الزِّيَادَةَ لِمَنْ حَدَّثَتْ فِي مِلْكِهِ . ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ فِي مَسْأَلَتِنَا يَضْمَنُ النِّقْصَ ، فَتَكُونُ لَهُ الزِّيَادَةُ ، لِيَكُونَ الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ ، وَثُمَّ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، فَأَمَّا كَيْفَ أَنْ لَا يَكُونَ الْخَرَجُ لَهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَمَتَى اخْتَلَفَا فِي الْقِيَمَةِ أَوْ الْمِثْلِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُلتَقِطِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِمَّا حَلَفَ عَلَيْهِ .

فصل : وَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ بَعْدَ خُرُوجِهَا مِنْ مِلْكِ الْمُلتَقِطِ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ نُحُومٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ، وَلَهُ اخْتِذُ بِدَلِيلِهَا ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْمُلتَقِطِ وَقَعَ صَحِيحًا ؛ لَكُونِهَا صَارَتْ فِي مِلْكِهِ . وَإِنْ صَادَفَهَا قَدْ رَجَعَتْ إِلَى الْمُلتَقِطِ بِفَسْخٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَلَهُ اخْتِذُهَا ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فِي يَدِ الْمُلتَقِطِ ، فَكَانَ لَهُ اخْتِذُهَا ، كَالزَّوْجِ إِذَا طَلَّقَ

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٦) أخرجه البيهقي ، في : باب اللقطة يأكلها الغنى والفقير ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٨٦/٦ .

(٧) في م : « وهب » .

(٨) كذا على الجمع .

قَبْلَ الدُّخُولِ فَوَجَدَ الصَّدَاقَ قَدْ رَجَعَ إِلَى الْمَرْأَةِ . وَسَائِرُ أَحْكَامِ الرُّجُوعِ هُنَا
كَحُكْمِ رُجُوعِ الزَّوْجِ ، عَلَى مَا نَذَكَّرُهُ فِي مَوْضِعِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : إِذَا أَخَذَ اللَّقْطَةَ ، ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ، ضَمِنَهَا . رَوَى ذَلِكَ عَنْ طَاوُسٍ .
وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِمَا رَوَى الْأَثَرُمُ ، عَنْ الْقَعْنَبِيِّ ، عَنْ
مَالِكٍ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ ، عَنْ ثَابِتِ بْنِ الضَّحَّاكِ ، عَنْ
عُمَرَ ، أَنَّهُ قَالَ لِرَجُلٍ وَجَدَ بَعِيرًا : أَرْسِلْهُ حَيْثُ وَجَدْتَهُ ^(٩) . وَلِمَا رَوَى عَنْ جَرِيرِ بْنِ
عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ رَأَى فِي بَقْرِهِ بَقْرَةً قَدْ لَحِقَتْ بِهَا ، فَأَمَرَ بِهَا فَطْرِدَتْ حَتَّى تَوَارَتْ ^(١٠) .
وَلَنَا : أَنَّهُ أَمَانَةٌ حَصَلَتْ فِي يَدِهِ ، فَلَزِمَهُ حِفْظُهَا ، فَإِذَا ضَيَعَهَا لَزِمَهُ ضَمَانُهَا . كَالْوَضِيعِ
الْوَدِيعَةِ . وَلَئِنْهَا لَمَّا حَصَلَتْ فِي يَدِهِ ، لَزِمَهُ حِفْظُهَا ، وَتَرَكُّهَا تَضْيِيعُهَا . فَأَمَّا حَدِيثُ
عُمَرَ ، فَهُوَ فِي الضَّالَّةِ الَّتِي لَا تَحِلُّ . فَأَمَّا مَا لَا يَحِلُّ التِّقَاطُ إِذَا أَخَذَهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَهُ
رَدُّهُ إِلَى مَكَانِهِ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِهَذِهِ الْأَثَارِ ، وَلَئِنْ كَانَ وَاجِبًا عَلَيْهِ تَرْكُهُ فِي مَكَانِهِ
إِتِّدَاءً ، فَكَانَ لَهُ ذَلِكَ بَعْدَ أَخْذِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَتَرَأَّى مِنْ ضَمَانِهِ بَرْدُهُ ، لِأَنَّهُ ^(١١) دَخَلَ
فِي ضَمَانِهِ ، فَلَمْ يَتَرَأَّى مِنْ ضَمَانِهِ بَرْدُهُ إِلَى مَكَانِهِ ، كَالْمَسْرُوقِ وَمَا يَجُوزُ التِّقَاطُ ، فَعَلَى
هَذَا لَا يَتَرَأَّى إِلَّا بَرْدُهُ إِلَى الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ . وَأَمَّا عُمَرُ فَهُوَ كَانَ الْإِمَامَ ، فَإِذَا أَمَرَ بِرَدِّهِ كَانَ
كَأَخْذِهِ مِنْهُ . وَحَدِيثُ جَرِيرٍ لَا حُجَّةَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ الْبَقْرَةَ ، وَلَا أَخَذَهَا غَلَامُهُ ،
إِنَّمَا لَحِقَتْ بِالْبَقْرِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ وَلَا اخْتِيَارِهِ .

(٩) أخرجه مالك ، في : باب القضاء من الضوال ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٥٩ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يجد ضالة ... من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/١٩١ . وابن أبي
شيبه ، في : باب من كره أخذ اللقطة ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٦/٤٦٦ . وعبد الرزاق ، في :
كتاب اللقطة . المصنف ١٠/١٣٣ .

وأخرجه أبو داود بمعناه في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ١/٣٩٩ . وانظر تخریج حديث : « لَا يَأْوِي الضَّالَّةُ
إِلَّا ضَالًا » في صفحة ٣٣٨ .

(١٠) أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ١/٣٩٩ . وابن ماجه ، في : باب ضالة الإبل والبقرة
والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/٣٦٢ .

(١١) في م : « فَإِنَّهُ » .

فصل : وإن ضاعَتِ اللَّقْطَةُ من مُلتَقِطِها بغيرِ تفرِيط ، فلا ضَمَانَ عليه ؛ لِأَنَّها أمانةٌ في يَدِهِ ، فَأُشْبِهَتِ الرَّدِيعَةَ . فَإِنِ التَّقْطِطُهَا آخَرُ ، فَعَرَفَ أَنَّها ضَاعَتِ من الأَوَّلِ ، فعليه رَدُّها إليه ؛ لِأَنَّهُ قد ثَبَّتَ له حَقُّ التَّمَوُّلِ وَوِلَايَةُ التَّعْرِيفِ وَالْحِفْظِ ، فلا يُزُولُ ذلك بالضَّيَاعِ . فَإِنِ لم يَعْلَمْ الثاني بِالْحَالِ حَتَّى عَرَفَها حَوَّلًا ، مَلَكَها ؛ لِأَنَّ^(١٢) سَبَبَ المِلْكِ وَجَدَ منه من غيرِ عُدْوَانٍ ، فَيُثْبِتُ المِلْكُ به كالأَوَّلِ ، ولا يَمْلِكُ الأَوَّلُ انْتِزاعَها ؛ لِأَنَّ المِلْكَ مُقَدَّمٌ على حَقِّ التَّمَلُّكِ ، وإذا جاءَ صاحِبُها فله أخذُها من الثاني ، وليس له مُطالبةُ الأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ لم يُفَرِّطْ . وإن عَلِمَ الثاني بالأَوَّلِ ، فَرَدَّها إليه ، فَأَبَى أخذَها ، وقال : عَرَفْتُها أَنتَ . فَعَرَفْتُها ، مَلَكَها أيضًا ؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ تَرَكَ حَقَّهُ فَسَقَطَ . وإن قال : عَرَفْتُها ، ويكونُ مِلْكُها لي . ففَعَلَ ، فهو مُسْتَنَبِتٌ له في التَّعْرِيفِ ، ويَمْلِكُها الأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ وَكَّلَهُ في التَّعْرِيفِ ، فَصَحَّ ، كما لو كانت في يَدِ الأَوَّلِ . وإن قال : عَرَفْتُها ، وتكونُ بَيْنَنا . ففَعَلَ ، صَحَّ أيضًا ، وكانت بينهما ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ من نِصْفِها ، وَكَّلَهُ في الباقي . وإن قَصَدَ الثاني بالتَّعْرِيفِ تَمْلِكُها لِنَفْسِهِ دُونَ الأَوَّلِ ، اِحْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحدهما ، يَمْلِكُها^(١٣) ؛ لِأَنَّ سَبَبَ المِلْكِ وَجَدَ منه ، فَمَلَكَها ، كما لو أَذِنَ له الأَوَّلُ في تَعْرِيفِها لِنَفْسِهِ . والثاني ، لا يَمْلِكُها ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ التَّعْرِيفِ للأَوَّلِ ، أَشْبَهَ ما لو غَصَبَها من المُلْتَقِطِ غاصِبٌ فَعَرَفْتُها . وكذلك الحُكْمُ إذا عَلِمَ الثاني بالأَوَّلِ فَعَرَفْتُها ، ولم يَعْلَمْ^(١٤) بها . وَيُشْبِهُ هذا المُتَحَجِّرُ في المَوَاتِ إذا سَبَقَهُ غَيْرُهُ إلى ما حَجَرَهُ ، فَأَحْيَاهُ بغيرِ إِذْنِهِ . فَأَمَّا إِنْ غَصَبَها غاصِبٌ من المُلْتَقِطِ ، فَعَرَفْتُها ، لم يَمْلِكُها ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَدٍ بِأَخْذِها ولم يوجَدَ منه^(١٥) سَبَبٌ تَمْلِكُها ، فَإِنِ الِاتِّقَاطُ من جُمْلَةِ السَّبَبِ ، ولم يوجَدَ منه . وَيُفَارِقُ هذا ما إذا التَّقْطِطُها ثَانٍ ، فَإِنَّهُ وَجَدَ منه الِاتِّقَاطُ والتَّعْرِيفُ .

(١٢) في الأصل زيادة : « حق » .

(١٣) في الأصل زيادة : « الثاني » .

(١٤) في الأصل : « يعلم » .

(١٥) سقط من : الأصل .

فصل : وَمَنْ اصْطَادَ سَمَكَةً ، فَوَجَدَ فِيهَا دُرَّةً ، فَهِيَ لِلصَّيَّادِ ؛ لِأَنَّ الدُّرَّاءَ يَكُونُ فِي الْبَحْرِ ، بِذَلِيلٍ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَتَسْتَخْرِجُونَ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ ^(١٦) . فَتَكُونُ لَا حِذْهَا ، فَإِنْ بَاعَهَا الصَّيَّادُ وَلَمْ يَعْلَمْ ، فَوَجَدَهَا الْمُشْتَرِي فِي بَطْنِهَا ، فَهِيَ لِلصَّيَّادِ . نَصُّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ مَا فِي بَطْنِهَا فَلَمْ يَبِعْهُ ، وَلَمْ يَرْضَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ عَنْهُ ، فَلَمْ يَدْخُلْ فِي الْبَيْعِ ، كَمَنْ بَاعَ دَارَهُ مَالًا مَذْفُونًا فِيهَا . وَإِنْ وَجَدَ فِي بَطْنِهَا غَبْرَةً أَوْ شَيْئًا مَا يَكُونُ فِي الْبَحْرِ ، فَهُوَ لِلصَّيَّادِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْجَوْهَرَةِ . وَإِنْ وَجَدَ ذَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، فَهِيَ لِقَطْعَةٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُخْلَقُ فِي الْبَحْرِ ، وَلَا يَكُونُ إِلَّا لَادِمِيٍّ ، فَيَكُونُ لِقَطْعَةٍ ، كَالْوَجَدِ فِي الْبَحْرِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الدُّرَّةِ إِذَا كَانَ فِيهَا أَثَرُ لَادِمِيٍّ ، مِثْلُ أَنْ تَكُونَ مَثْقُوبَةً أَوْ مُتَّصِلَةً بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ غَيْرِهِمَا ، فَإِنَّهَا تَكُونُ لِقَطْعَةٍ لَا يَمْلِكُهَا الصَّيَّادُ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَقَعْ فِي الْبَحْرِ حَتَّى تُثَبَّتَ الْيَدُ عَلَيْهَا ، فَهِيَ كَالدَّيْنَارِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْغَبْرَةِ إِذَا كَانَتْ مَوْصُولَةً بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ ، أَوْ مَصْنُوعَةً ، كَالْتَفَاحَةِ مَثْقُوبَةً ، وَغَوْرَ ذَلِكَ مِمَّا لَا يُخْلَقُ عَلَيْهِ فِي الْبَحْرِ ، فَهِيَ لِقَطْعَةٍ . وَإِنْ وَجَدَهَا الصَّيَّادُ فَعَلَيْهِ تَعْرِيفُهَا ؛ لِأَنَّهُ مُلْتَقِطُهَا ، وَإِنْ وَجَدَهَا الْمُشْتَرِي ، فَالتَّعْرِيفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِدُهَا ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الْبِدَايَةِ بِالْبَائِعِ ، فَإِنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ السَّمَكَةُ ابْتَلَعَتْ ذَلِكَ بَعْدَ اصْطِيَادِهَا وَمِلْكِ الصَّيَّادِ لَهَا ، فَاسْتَوَى هُوَ وَغَيْرُهُ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَى شَاءً ، وَوَجَدَ فِي بَطْنِهَا دُرَّةً أَوْ غَبْرَةً أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ ذَرَاهِمَ ، فَهِيَ لِقَطْعَةٍ يُعَرَّفُهَا ، وَيَبْدَأُ بِالْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ ابْتَلَعَتْهَا مِنْ ^(١٧) مِلْكِهِ فَيَبْدَأُ بِهِ ، كَقَوْلِنَا فِي مُشْتَرِي الدَّارِ إِذَا وَجَدَ فِيهَا مَالًا مَذْفُونًا . وَإِنْ اصْطَادَ السَّمَكَةَ مِنْ غَيْرِ الْبَحْرِ ، كَالنَّهْرِ وَالْعَيْنِ ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ الشَّيْءِ ، فِي أَنْ مَا وَجَدَ فِي بَطْنِهَا مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ لِقَطْعَةٍ ، دُرَّةً كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْبَحْرِ بِحُكْمِ الْعَادَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ الدُّرَّةُ لِلصَّيَّادِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمِنْ كُلِّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيدًا وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ .

(١٦) سورة فاطر ١٢ .

(١٧) في م : ١ : ١ .

فصل : وإن وَجَدَ عَنَبَةً عَلَى سَاحِلِ الْبَحْرِ ، فَهِيَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ الْبَحْرُ أَلْقَاهَا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ الْمِلْكِ فِيهَا ، فَكَانَتْ مُبَاحَةً لَأَخِيذِهَا ، كَالصَّيْدِ . وَقَدْ رَوَى سَعِيدٌ ، قَالَ : حَدَّثَنَا إِسْمَاعِيلُ بْنُ عِيَّاشٍ ، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمْرِو الْعَبْدِيِّ^(١٨) ، قَالَ : أَلْقَى بَحْرُ عَدَنَ عَنَبَةً مِثْلَ الْبَعِيرِ ، فَأَخَذَهَا نَاسٌ بَعْدَنَ . فَكُتِبَ إِلَى عَمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، فَكُتِبَ إِلَيْنَا ، أَنْ نَحْذُوا مِنْهَا الْخُمْسَ ، وَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ سَائِرَهَا ، وَإِنْ بَاغَوْكُمُوهَا فَاشْتَرَوْهَا . فَأَرَدْنَا أَنْ نَرِزَّهَا فَلَمْ نَجِدْ مِيزَانًا يُخْرِجُهَا ، فَقَطَعْنَاهَا اثْنَيْنِ ، وَوَزَنَّاها ، فَوَجَدْنَاهَا سِتِّمِائَةَ رَطْلٍ ، فَأَخَذْنَا خُمْسَهَا ، وَدَفَعْنَا سَائِرَهَا إِلَيْهِمْ ، ثُمَّ اشْتَرَيْنَاهَا بِخُمْسَةِ آلَافِ دِينَارٍ ، وَبَعَثْنَا بِهَا إِلَى عَمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، فَلَمْ يَلْبَثْ إِلَّا قَلِيلًا حَتَّى بَاغَهَا بِثَلَاثَةِ وَثَلَاثِينَ أَلْفَ دِينَارٍ .

فصل : وإن صَادَ غَزَالًا ، فَوَجَدَهُ مَحْضُوبًا ، أَوْ فِي عُنُقِهِ جِرْزٌ ، أَوْ فِي أُذُنِهِ قُرْطٌ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى ثُبُوتِ / الْيَدِ عَلَيْهِ ، فَهُوَ لُقْطَةٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ مَمْلُوكًا . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ أَلْقَى شَبَكَةً فِي الْبَحْرِ ، فَوَقَعَتْ فِيهَا سَمَكَةٌ ، فَجَذَبَتْ الشَّبَكَةَ ، فَمَرَّتْ بِهَا فِي الْبَحْرِ ، فَصَادَهَا رَجُلٌ ، فَإِنَّ السَّمَكَةَ لِلَّذِي حَازَهَا ، وَالشَّبَكَةَ يُعْرِفُهَا وَيَدْفَعُهَا إِلَى صَاحِبِهَا . فَجَعَلَ الشَّبَكَةَ لُقْطَةً ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَأَدَمِيٍّ ، وَالسَّمَكَةَ لِمَنْ صَادَهَا ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ مُبَاحَةً وَلَمْ يَمْلِكْهَا صَاحِبُ الشَّبَكَةِ ، لَكُونَ شَبَكَتَهُ لَمْ تُثَبِّتْهَا ، فَبَقِيََتْ عَلَى الْإِبَاحَةِ ، وَهَكَذَا لَوْ نَصَبَ فَخًّا أَوْ شَرَكًا ، فَوَقَعَ فِيهِ صَيْدٌ مِنْ صَيُودِ الْبَرِّ ، فَأَخَذَهُ وَذَهَبَ بِهِ ، وَصَادَهُ آخَرٌ ، فَهُوَ لِمَنْ صَادَهُ ، وَيُرَدُّ الْآلَةُ إِلَى صَاحِبِهَا ، فَهِيَ لُقْطَةٌ يُعْرِفُهَا . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ انْتَهَى إِلَى شَرَكٍ فِيهِ حِمَارٌ وَخَشِرٌ ، أَوْ ظَبْيَةٌ ، قَدْ شَارَفَ الْمَوْتَ ، فَخَلَّصَهُ وَذَبَحَهُ : هُوَ لَصَاحِبِ الْأُخْبُولَةِ ، وَمَا كَانَ مِنَ الصَّيْدِ فِي الْأُخْبُولَةِ فَهُوَ لِمَنْ نَصَبَهَا ، وَإِنْ كَانَ بَازِيًّا أَوْ صَقْرًا أَوْ عُقَابًا . وَسُئِلَ عَنْ بَازِيٍّ أَوْ صَقْرٍ أَوْ كَلْبٍ مُعَلِّمٍ أَوْ فَهْدٍ ، ذَهَبَ عَنْ صَاحِبِهِ ، فَدَعَاهُ فَلَمْ يُجِبْهُ ، وَمَرَّ فِي الْأَرْضِ حَتَّى أَتَى لِلذَّكَاءِ

(١٨) فِي الْأَصْلِ : : الْعَبْدِيُّ .

أيام ، فَأَتَى قَرْيَةً ، فَسَقَطَ عَلَى حَائِطٍ ، فَدَعَاهُ رَجُلٌ فَأَجَابَهُ؟ قَالَ : يُرُدُّهُ عَلَى صَاحِبِهِ .
 قِيلَ لَهُ : فَإِنْ دَعَاهُ فَلَمْ يُجِبْهُ فَتَصَبَّ لَهُ شَرَكًا فَصَادَهُ بِهِ ؟ قَالَ : يُرُدُّهُ عَلَى صَاحِبِهِ . فَجَعَلَ
 هَذَا لِصَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَهُ ، فَلَمْ يُزَلْ مِلْكُهُ عَنْهُ بِذَهَابِهِ عَنْهُ ، وَالسَّمَكَةُ فِي الشَّبَكَةِ ،
 لَمْ يَكُنْ مَلَكَهَا وَلَا حَارَّهَا ، وَكَذَلِكَ جَعَلَ مَا وَقَعَ فِي الْحُبُولَةِ مِنَ الْبَازِي وَالصَّقْرِ وَالْعُقَابِ
 لِصَاحِبِ الْحُبُولَةِ ، وَلَمْ يَجْعَلْهُ هَهُنَا لِمَنْ وَقَعَ فِي شَرَكِهِ ؛ لِأَنَّ^(١٩) هَذَا فِيمَا عَلِمَ أَنَّهُ قَدْ
 كَانَ مَمْلُوكًا لِلْإِنْسَانِ فَذَهَبَ ، وَإِنَّمَا يَعْلَمُ هَذَا بِالْحَبِيرِ ، أَوْ بِوُجُودِ مَا يُدُلُّ عَلَى الْمَلِكِ
 فِيهِ ، مِثْلَ وُجُودِ السَّيْرِ فِي رِجْلِهِ ، أَوْ آثَارِ التَّعْلِيمِ^(٢٠) ، مِثْلَ اسْتِجَابَتِهِ لِلذِّي يَدْعُوهُ ،
 وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَمَتَى لَمْ يُوجَدْ مَا يُدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، فَهُوَ لِمَنْ اضْطَّادَهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ
 عَدَمُ الْمَلِكِ فِيهِ وَإِبَاحَتُهُ .

فصل : وَمِنْ أُخِذَتْ ثِيَابُهُ مِنَ الْحَمَامِ ، وَوَجَدَ بَدَلَهَا ، أَوْ أُخِذَ مَدَاسُهُ ، وَتُرِكَ لَهُ
 بَدَلُهُ ، لَمْ يَمْلِكْهُ بِذَلِكَ . قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ، فِي مَنْ سُرِقَتْ ثِيَابُهُ وَوَجَدَ غَيْرَهَا : لَمْ
 يَأْخُذْهَا ، فَإِنْ أَخَذَهَا عَرَفَهَا سَنَةً ، ثُمَّ تَصَدَّقَ بِهَا . إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ سَارِقَ الثِّيَابِ
 لَمْ تَجْرِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا لِكَيْهَا مُعَاوَضَةٌ تَقْتَضِي زَوَالَ مِلْكِهِ عَنْ ثِيَابِهِ ، فَإِذَا أَخَذَهَا فَقَدْ أَخَذَ
 مَا لَ غَيْرِهِ ، وَلَمْ يَعْرِفْ صَاحِبَهُ ، فَيَعْرِفُهُ كَاللَّقِطَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُنْظَرَ فِي هَذَا ، فَإِنْ كَانَتْ
 ثَمَّ قَرْيَةٌ تُدُلُّ عَلَى السَّرْقَةِ ، بِأَنْ تَكُونَ ثِيَابُهُ أَوْ مَدَاسُهُ خَيْرًا مِنْ / الْمَتْرُوكَةِ ، وَكَانَتْ
 مِمَّا لَا تَشْتَبِهُ عَلَى الْآخِذِ بِثِيَابِهِ وَمَدَاسِهِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّعْرِيفِ ؛ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ إِنَّمَا
 جُعِلَ^(٢١) فِي الْمَالِ الضَّائِعِ عَنْ رَبِّهِ ، لِيَعْلَمَ بِهِ وَيَأْخُذَهُ ، وَتَارِكُ هَذَا عَالِمٌ بِهِ رَاضٍ بِبَدَلِهِ
 عَوَضًا عما أَخَذَهُ ، وَلَا يَعْتَرِفُ أَنَّهُ لَهُ ، فَلَا يَحْصُلُ فِي تَعْرِيفِهِ فَائِدَةٌ ، فَإِذَا لَيْسَ هُوَ
 بِمَنْصُوصٍ عَلَيْهِ ، وَلَا فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ ، وَفِيمَا يَصْنَعُ بِهَا ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ ؛ أَحَدُهَا ،
 أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِهَا عَلَى مَا ذَكَرْنَا . الثَّانِي ، أَنَّهُ يُبَاخُ لَهُ أَخْذُهَا ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا فِي الظَّاهِرِ تَرَكَهَا
 لَهُ بِإِذْنِهَا لَهَا عَوَضًا عما أَخَذَهُ ، فَصَارَ كَالْمُبِيحِ لَهُ أَخْذُهَا بِلِسَانِهِ ، فَصَارَ كَمَنْ قَهَرَ

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « لِأَنَّهُ » .

(٢٠) فِي م : « التَّعْلِمِ » .

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « يَجْعَلُ » .

إنساناً على أخذ ثوبه ، ودفع إليه درهمًا . الثالث ، أنه يرفعها إلى الحاكم ، ليبيعها ، ويدفع إليه ثمنها عوضاً عن ماله . والوجه الثاني أقرب إلى الرفق بالناس ؛ لأن فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه ، بحصول عوض عنها ، ونفعاً للسارق بالتخفيف عنه من الإنثم ، وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أباح بعض أهل العلم لمن له على إنسان حق من دين أو غصب ، أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه ، إذا عجز عن ^(٢٢) استيفائه بغير ذلك ، فهنا مع رضاء من عليه الحق بأخذه أولى . وإن كانت ثم قرينة دالة على أن الآخذ للثياب إنما أخذها ظناً منه أنها ثيابه ، مثل أن تكون المتروكة خيراً من المأخوذة أو مثلها ، وهي مما ^(٢٣) تشبه بها ، فينبغي أن يعرفها ههنا ؛ لأن صاحبها لم يتركها عمداً ، فهي بمنزلة الضائعة منه . والظاهر أنه إذا علم بها ، أخذها ورد ما كان أخذه ، فتصير كاللقطة في المعنى ، وبعد التعريف إذا لم تعرف ، ففيها الوجه التي ذكرناها ، إلا أننا إذا قلنا يأخذها أو يبيعها الحاكم ويدفع إليه ثمنها ، فإنما يأخذ بقدر قيمة ثيابه ، لا يزيد عليها ؛ لأن الزائد فاضل عما يستحقه ، ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذ ، فإنه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ، ولا رضى بالمعوضة بها . وإذا قلنا : إنه يدفعها إلى الحاكم ليبيعها ، ويدفع إليه ثمنها . فله أن يشتريها بثمن في ذمته ، ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ، ويتصدق بالباقي . والله أعلم .

فصل : قال أحمد ، في من عنده رهون ، قد أتى عليها زمان لا يعرف صاحبها :
يبيعها ، ويتصدق بثمنها ، فإن جاء صاحبها غريمها له . وهذا محمول على من استوفى ديونه التي رهن الرهن بها ، فأما من لم يستوف دينه ، فإن كان قد / إذن له في بيعها ،

و ١٩٣/٥

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في م : « وما » .

باعها ، واستوفى دينه من ثمنها ، وتصدق بالباقي ، وإن لم يكن أذن له في بيعها ، رفعها إلى الحاكم لبيعها ، ويقضيه^(٢٤) حقه من ثمنها ، ويتصدق بباقيه .

فصل : نقل الفضل بن زياد ، عن أحمد ، إذا تنازع صاحب الدار والساكين في دفن في الدار ، فقال كل واحد منهما : أنا دفنته . بين^(٢٥) كل واحد منهما ما الذي دفن ، فكل من أصاب الوصف فهو له ، وذلك لأن ما يوجد في الأرض من الدفن مما عليه علامة المسلمين ، فهو لقطة ، واللقطة تستحق بوصفها ، ولأن المصيب للوصف في الظاهر هو من كان ذلك في يده ، فكان أحق به ، كما لو تنازعه أجنبيان ، فوصفه أحدهما .

فصل : ومن وجد لقطة في دار الحرب ، فإن كان في الجيش ، فقال أحمد : يعرفها سنة في دار الإسلام ، ثم يطرحها في المقيم^(٢٦) . إنما عرفها في دار الإسلام ؛ لأن أموال أهل الحرب مباحة ، ويجوز أن تكون لمسلم ، ولأنه قد لا يمكنه المقام في دار الحرب لتعريفها . ومعناه - والله أعلم - يتمم التعريف في دار الإسلام ، فأما ابتداء التعريف فيكون في الجيش الذي هو فيه ؛ لأنه يَحْتَمِلُ أن تكون لأحدهم ، فإذا قلل أنتم التعريف في دار الإسلام . فأما إن كان دخل دارهم بأمان ، فينبغي أن يعرفها في دارهم ؛ لأن أموالهم مُحَرَّمَةٌ عليه ، فإذا لم تعرف ، ملكها كما يملكها في دار الإسلام . وإن كان في الجيش ، طرحها في المقيم بعد التعريف ؛ لأنه وصل إليها بقوة الجيش ، فأشبهت مباحات دار الحرب إذا أخذ منها شيئاً . وإن دخل إليهم

(٢٤) في م : ويقضه .

(٢٥) في الأصل : بين .

(٢٦) في الأصل : القسم .

مُتَلَصِّصًا ، فَوَجَدَ لَقِطَةً ، عَرَّفَهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَهُمْ مُبَاحَةٌ لَهُ ، ثُمَّ يَكُونُ حُكْمُهَا حُكْمَ غَنِيمَتِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ غَنِيمَةً لَهُ ، لَا تَحْتَاجُ إِلَى تَعْرِيفٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ، وَأَمْوَالُهُمْ غَنِيمَةٌ .

٩٤٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الْمُتَلَقِّطُ قَدْ مَاتَ ، فَصَاحِبُهَا غَرِيمٌ بِهَا)

وجملة ذلك أن المتلقط إذا مات ، واللقطة موجودة بعينها ، قام وازنه مقامه في إتمام تعريفها إن مات قبل الحول ، ويملكها بعد إتمام التعريف ، فإن مات بعد الحول ، ورثها الوارث ، كسائر أموال الميت ، ومتى جاء صاحبها ، أخذها من الوارث ، كما يأخذها من الموروث ، فإن كانت مغدومة العين ، فصاحبها غريم للميت بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال ، أو بقيمتها إن لم تكن كذلك ، فيأخذ ذلك من تركته / إن اتسعت لذلك ، وإن ضاقت التركة زاحم الغرماء ببدلها ، سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله ؛ لأنها قد دخلت في ملكه بمضي الحول . وإن علم أنها تلفت قبل الحول بغير تفريطه ، فلا ضمان عليه ، ولا شيء لصاحبها ؛ لأنها أمانة في يده تلفت بغير تفريطه ، فلم يضمنها ، كالوديعة ، وكذلك إن تلفت بعد الحول قبل تملكها من غير تفريط ، على رأي من رأى أنها لا تدخل في ملكه حتى يملكها . وقد مضى الكلام في ذلك . فأما إن لم يعلم تلفها ، ولم يجدها (في تركته) ، فظاهر كلام الخرقي أن صاحبها غريم بها ، سواء كان قبل الحول أو بعده ؛ لأن الأصل بقاؤها . ويحتمل أن لا يلزم المتلقط شيء ، ويسقط حق صاحبها ، لأن الأصل براءة ذمة المتلقط منها . ويحتمل أن تكون قد (تلفت بغير تفريطه ، فلا تُشغل ذمته بالشك . ويحتمل أنه إن كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه ؛ لأنها كانت أمانة عنده ، ولم تعلم جنايته فيها ، والأصل براءة ذمته منها . وإن مات بعد الحول ، فهي في تركته ؛

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

لأن الأصل بقاؤها إلى ما بعد الحول ، ودخولها في ملكه ، وجوب بدلها عليه . فإن قيل : فقد قلتم إن صاحبها لو جاء (بعد بيع) الملتقط لها ، أو هبته ، لم يكن له إلا بدلها ، فلم قلتم إنها إذا انتقلت إلى الوارث يملك صاحبها أخذها ؟ قلنا : لأن الوارث خليفة الموروث ، وإنما يثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتاً للموروث ، وملك موروثه فيها كان مراعاة مشروطاً بعدم مجيء صاحبها ، فكذلك ملك وارثه ، بخلاف ملك المشتري والمتهب ، فإنهما يملكان ملكاً مستقراً .

٩٤٥ - مسألة ؛ قال : (وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها شيئاً معلوماً ، فله أخذها إن كان التقطها بعد أن بلغه الجعل)

وجملة ذلك أن الجعالة في رد الضالة والآبق وغيرهما جائزة . وهذا قول أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي . ولا نعلم فيه مخالفاً . والأصل في ذلك قول الله عز وجل : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ ^(١) . وروى أبو سعيد ، أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ ، أتوا حياً من أخياء العرب ، فلم يقرؤهم ، فبيناهم كذلك إذ لدغ سيد أولئك ، فقالوا : هل فيكم راقٍ ؟ فقالوا : لم تقرؤنا ، فلا نفعل حتى نجعلوا لنا جعلاً . فجعلوا لهم قطيع شياه ، فجعل رجل يقرأ بأثم القرآن ، ويجمع بزاقه وينقل ، فبرأ الرجل ، فأتوهم بالشاء ، فقالوا : لا نأخذها حتى نسأل عنها رسول الله ﷺ . فسألوا النبي ﷺ ، فقال : « وما أدراك أنها رقية ؟ خذوها ، واضربوا إلى معكم بسنهم » . رواه البخاري ^(٢) . ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فإن العمل قد يكون مجهولاً ، كرد الآبق والضالة ونحو ذلك ، ولا تنعقد الإجارة فيه ، والحاجة داعية إلى ردِّهما ، وقد لا يجد من يتبرع به ، فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه ، مع جهالة العمل ؛ لأنها غير لازمة ، بخلاف الإجارة ، ألا ترى أن الإجارة لما كانت لازمة ، افتقرت إلى تقدير مدة ، والعقود الجائزة كالشركة والوكالة لا يجب تقدير مدتها ، ولأن الجائزة لكل واحد منهما أثر كها ، فلا يؤدي إلى أن يلزمه مجهول عنده ،

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(١) سورة يوسف ٧٢ .

(٢) تقدم ترجمته في صفحة ١٣٧ .

بِخِلَافِ اللَّازِمَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِذَا قَالَ : مَنْ رَدَّ عَلَى ضَالَّتِي أَوْ عَبْدِي الْآبِقِ ، أَوْ خَاطَ لِي هَذَا الْقَمِيصَ ، أَوْ بَنَى لِي هَذَا الْحَائِطَ ، فَلَهُ كَذَا وَكَذَا . صَحَّ ، وَكَانَ عَقْدًا جَائِزًا ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّجُوعُ فِيهِ قَبْلَ حُصُولِ الْعَمَلِ . لَكِنْ إِنْ رَجَعَ الْجَاعِلُ قَبْلَ التَّلَبُّسِ بِالْعَمَلِ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ التَّلَبُّسِ بِهِ ، فَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أَجْرُهُ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عَمِلَ بِعَوَضٍ ، فَلَمْ يُسَلِّمْ لَهُ . وَإِنْ فَسَخَ الْعَامِلُ قَبْلَ إِنْتِهَاكِ الْعَمَلِ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَقَطَّ حَقَّ نَفْسِهِ ، حَيْثُ لَمْ يَأْتِ بِمَا شَرَطَ عَلَيْهِ الْعَوَضُ ، وَيَصِيرُ كَعَامِلِ الْمُضَارَبَةِ إِذَا فَسَخَ قَبْلَ ظُهُورِ الرَّبْحِ . وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْعَوَضُ مَعْلُومًا . وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَمَلِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى كَوْنِ الْعَمَلِ مَجْهُولًا ، بَأَنَّ لَا يَغْلَمُ مَوْضِعَ الضَّالَّةِ وَالْآبِقِ ، وَلَا حَاجَةَ تَدْعُو^(٣) إِلَى جَهَالَةِ الْعَوَضِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ الْعَمَلُ لَا يَصِيرُ لَازِمًا ، فَلَمْ يَجِبْ كَوْنُهُ مَعْلُومًا ، وَالْعَوَضُ يَصِيرُ لَازِمًا بِإِنْتِهَاكِ الْعَمَلِ ، فَوَجِبَ كَوْنُهُ مَعْلُومًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَحْوِزَ الْجَعَالَةُ مَعَ جَهَالَةِ الْعَوَضِ ، إِذَا كَانَتِ الْجَهَالَةُ لَا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي الْآبِقَ فَلَهُ نِصْفُهُ ، وَمَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فَلَهُ ثُلُثُهَا . فَإِنْ أَحْمَدُ قَالَ : إِذَا قَالِ الْأَمِيرُ فِي الْعَزْوِ : مَنْ جَاءَ بِعَشْرَةِ رُءُوسٍ فَلَهُ رَأْسٌ . جَازَ . وَقَالُوا : إِذَا جَعَلَ جُعْلًا لِمَنْ يَدُّهُ عَلَى قَلْعَةٍ ، أَوْ طَرِيقٍ سَهْلٍ ، وَكَانَ الْجُعْلُ مِنْ مَالِ الْكُفَّارِ ، جَازَ أَنْ يَكُونَ مَجْهُولًا ، كَجَارِيَةٍ يُعَيِّنُهَا الْعَامِلُ . فَيُخْرِجُ هُنَا مِثْلَهُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الْجَهَالَةُ تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، لَمْ تَصِحَّ الْجَعَالَةُ ، وَجْهًا وَاحِدًا . وَإِنْ كَانَ الْعَمَلُ مَعْلُومًا ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي مِنَ الْبَصْرَةِ ، أَوْ بَنَى لِي / هَذَا الْحَائِطَ ، أَوْ خَاطَ قَمِيصِي هَذَا ، فَلَهُ كَذَا . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا صَحَّ مَعَ الْجَهَالَةِ فَمَعَ الْعِلْمُ أَوَّلَى . وَإِنْ عُلِقَ بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، فَقَالَ : مَنْ رَدَّ لِي^(٤) عَبْدِي مِنَ الْعِرَاقِ فِي^(٥) شَهْرِ ، فَلَهُ دِينَارٌ . أَوْ مِنْ خَاطِ قَمِيصِي هَذَا فِي الْيَوْمِ ، فَلَهُ دِرْهَمٌ . صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ إِذَا جَارَتْ مَجْهُولَةٌ ، فَمَعَ

١٩٤/٥ ظ

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في م : ٥ إلى ٤ .

التقدير أولى . فإن قيل : الصحيح من المذهب أن مثل هذا لا يجوز في الإجارة ، فكيف أجزئتموه في الجعالة ؟ قلنا : الفرق بينهما من وجوه ؛ أحدها ، أن الجعالة يحتمل فيها الغرر ، وتجاوز مع ^(٦) جهالة العمل والمدة ، بخلاف الإجارة . الثاني ، أن الجعالة عقد جائز ، فلا يلزمه بالدخول فيها مع الغرر ضرر ، بخلاف الإجارة ، فإنها عقد لازم ، فإذا دخل فيها مع الغرر ، لزمه ذلك . الثالث ، أن الإجارة إذا قدرت بمدة ، لزمه العمل في جميعها ، ولا يلزمه العمل بعدها ، فإذا جمع بين تقدير المدة والعمل ، فربما عمله قبل المدة ، فإن قلنا : يلزمه العمل في بقية المدة . فقد لزمه من العمل أكثر من المعقود عليه . وإن قلنا : لا يلزمه . فقد خلا بعض المدة من العمل ، وإن انقضت المدة قبل عمله ، فالزمناء إتمام العمل ، فقد لزمه العمل في غير المدة المعقود عليها ، وإن قلنا : لا يلزمه العمل . فما أتى بالمعقود عليه ^(٧) من العمل ^(٨) ، بخلاف مسألتنا ، فإن العمل الذي يستحق به الجعل هو عمل مقيد بمدة ، إن أتى به فيها استحق الجعل ، ولا ^(٩) يلزمه شيء آخر ، وإن لم يَفِ به فيها ، فلا شيء له . إذا ثبت هذا ، فإنما يستحق الجعل من عمل العمل بعد أن بلغه ذلك ، لأنه عوض يستحق بعمل ، فلا يستحقه من لم يعمل ، كالأجر في الإجارة .

فصل : ويجوز أن يجعل الجعل في الجعالة لواحد بعينه ، فيقول له : إن رددت عبدي فلك دينار . فلا يستحق الجعل من يرده ^(١٠) سواء . ويجوز أن يجعله لغير معين ، فيقول : من رد عبدي فله دينار . فمن رده استحق الجعل . ويجوز أن يجعل الواحد في رده شيئا معلوما ، ولاخر أكثر منه أو أقل . ويجوز أن يجعل للمعين ^(١١) عوضا ، ولسائر الناس عوضا آخر ؛ لأنه يجوز أن يكون الأجر في الإجارة مختلفا مع

(٦) سقط من : م .

(٧ - ٨) سقط من : الأصل .

(٨) في الأصل : : ولم .

(٩) في الأصل : : رده .

(١٠) في : م : للمعين .

التَّسَاوَى فِي الْعَمَلِ ، فَهَهُنَا أَوَّلَى . فَإِنْ قَالَ مَنْ قَالَ : مَنْ رَدَّ لَقَطِيَّتِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهَا ثَلَاثَةً ، فَلَهُمُ الدِّينَارُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ؛ لِأَنَّهُمْ اشْتَرَكُوا فِي الْعَمَلِ الَّذِي يُسْتَحَقُّ بِهِ الْعَوَضُ ، فَاشْتَرَكُوا فِي الْعَوَضِ ، كَالْأَجْرِ فِي الْإِجَارَةِ . فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ لَوْ قَالَ : مَنْ دَخَلَ هَذَا النَّقْبَ فَلَهُ دِينَارٌ . / فَدَخَلَهُ جَمَاعَةٌ ، اسْتَحَقَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ دِينَارًا كَامِلًا ، فَلِمَ لَا يَكُونُ هَهُنَا كَذَلِكَ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الدَّاخِلِينَ دَخَلَ دُخُولًا كَامِلًا ، كَدُخُولِ الْمُتَفَرِّدِ ، فَاسْتَحَقَّ الْعَوَضَ كَامِلًا ، وَهَهُنَا لَمْ يَرُدَّهُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ كَامِلًا ، إِنَّمَا اشْتَرَكُوا فِيهِ ، فَاشْتَرَكُوا فِي عَوَضِهِ . فَتَظِيرُ مَسْأَلَةِ الدُّخُولِ مَا لَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدًا مِنْ عِبِيدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَبْدًا . وَتَظِيرُ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ مَا لَوْ قَالَ : مَنْ نَقَبَ السُّورَ فَلَهُ دِينَارٌ . فَتَقَبَّ ثَلَاثَةٌ نَقَبًا وَاحِدًا ^(١١) . فَإِنْ جَعَلَ لَوَاحِدٍ فِي رَدِّهَا دِينَارًا ، وَلَا آخَرَ دِينَارَيْنِ ، وَلِثَلَاثٍ ثَلَاثَةً ، فَرَدَّهُ الثَّلَاثَةُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثٌ مَا جَعَلَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ ثُلُثَ الْعَمَلِ ، فَاسْتَحَقَّ ثُلُثَ الْمُسَمَّى . فَإِنْ جَعَلَ لَوَاحِدٍ دِينَارًا ، وَلِلْآخَرَيْنِ ^(١٢) عَوَضًا مَجْهُولًا ، فَرَدَّوهُ ^(١٣) مَعًا ، فَلِصَّاحِبِ الدِّينَارِ ثَلَاثَةٌ ، وَلِلْآخَرَيْنِ أَجْرُ عَمَلِيهِمَا . وَإِنْ جَعَلَ لَوَاحِدٍ شَيْئًا فِي رَدِّهَا ، فَرَدَّهَا هُوَ وَآخَرَانِ مَعَهُ ، وَقَالَا : رَدَدْنَا مُعَاوَنَةً لَهُ . اسْتَحَقَّ جَمِيعُ الْجُعْلِ ، وَلَا شَيْءَ لَهَا ، وَإِنْ قَالَا : رَدَدْنَاهُ لِنَأْخُذَ الْعَوَضَ لِنَفْسِنَا . فَلَا شَيْءَ لَهَا ، وَلَهُ ثُلُثُ الْجُعْلِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ ثُلُثَ الْعَمَلِ ، فَاسْتَحَقَّ ثُلُثَ الْجُعْلِ ، وَلَمْ يَسْتَحَقَّ الْآخَرَانِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُمَا عَمِلَا مِنْ غَيْرِ جُعْلٍ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ^(١٤) .

فصل : وَإِنْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي مِنْ بَلَدٍ كَذَا فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهُ إِنْسَانٌ مِنْ نَصْفِ طَرِيقِ ذَلِكَ الْبَلَدِ ، اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْجُعْلِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ نِصْفَ الْعَمَلِ . وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ :

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) في م : « و الآخري » .

(١٣) في م : « فرده » .

(١٤) في الأصل : « مخالفًا » .

مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّ أَحَدُهُمَا ، فَلَهُ نِصْفُ الدِّينَارِ ؛ لِأَنَّهُ رَدَّ نِصْفَ الْعَبْدَيْنِ .
وإن رَدَّ الْعَبْدَ مِنْ غَيْرِ الْبَلَدِ الْمُسَمَّى ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ فِي رَدِّهِ مِنْهُ شَيْئًا ، فَأَشْبَهَ
مَا لَوْ جَعَلَ فِي رَدِّ أَحَدِ عَبْدَيْهِ شَيْئًا فَرَدَّ الْآخَرَ . وَلَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهُ
إِنْسَانٌ إِلَى نِصْفِ الطَّرِيقِ ، فَهَرَبَ مِنْهُ ، لَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ الْجَعْلَ بِرَدِّهِ ،
وَلَمْ يَرُدَّهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ . كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ^(١٥) لَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ ، فَخَاطَهُ ، وَلَمْ يُسَلِّمْهُ
حَتَّى تَلَفَ ، لَمْ يَسْتَحِقْ أُجْرَةً . فَإِنْ قِيلَ : فَإِنْ كَانَ الْجَاعِلُ قَالَ : مَنْ وَجَدَ لُقْطَتِي فَلَهُ
دِينَارٌ . فَقَدْ وَجَدَ الْوَجْدَانِ ؟ قُلْنَا : قَرِينَةُ الْحَالِ تَدُلُّ عَلَى اشْتِرَاطِ الرَّدِّ ،^(١٦) إِذَا
الْمَقْصُودُ الرَّدُّ^(١٦) الْوَجْدَانِ الْمُجَرَّدُ ، وَإِنَّمَا اكْتَفَى بِذِكْرِ الْوَجْدَانِ لِأَنَّهُ سَبَبُ
الرَّدِّ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : مَنْ وَجَدَ لُقْطَتِي فَرَدَّهَا عَلَيَّ .

**فصل : والجعالة تُساوي الإجارة في اعتبار العلم بالعوض ، وما كان عوضاً في
الإجارة / جاز أن يكون عوضاً في الجعالة ، وما لا فلا ، وفي أن ما جاز أخذ العوض^{١٩٥/٥} ظ**
عليه في الإجارة من الأعمال ، جاز أخذه عليه في الجعالة ، وما لا يجوز أخذ الأجرة
عليه في الإجارة ، مثل الغنَاءِ وَالزَّمْرِ وَسَائِرِ الْمُحَرَّمَاتِ ، لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْجَعْلِ عَلَيْهِ ،
وَمَا يَخْتَصُّ فَاعِلُهُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقَرْيَةِ ، مِمَّا لَا يَتَعَدَّى نَفْعُهُ^(١٧) فَاعِلَهُ ، كَالصَّلَاةِ
وَالصِّيَامِ ، لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْجَعْلِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَتَعَدَّى نَفْعُهُ ، كَالْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ
وَالْحَجِّ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، كَالرَّوَايَتَيْنِ فِي الْإِجَارَةِ . وَيُفَارِقُ الْإِجَارَةَ فِي أَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ ،
وَهِيَ لَازِمَةٌ ، وَأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ الْعِلْمُ بِالْمُدَّةِ ، وَلَا بِمِقْدَارِ الْعَمَلِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ وَقُوعُ الْعَقْدِ
مَعَ وَاحِدٍ مُعَيَّنٍ . فَعَلِيَ هَذَا مَتَى شَرَطَ عَوْضًا مَجْهُولًا ، كَقَوْلِهِ : إِنْ رَدَّدْتَ عَبْدِي فَلَكَ
ثَوْبٌ ، أَوْ فَلَكَ سَلْبَةٌ . أَوْ شَرَطَ عَوْضًا مُحَرَّمًا ، كَالْحَمْرِ وَالْحُرِّ ، أَوْ غَيْرِ مَقْدُورٍ عَلَيْهِ ،

(١٥) في م : « استأجر » .

(١٦ - ١٦) في م : « والمقصود هو الرد » .

(١٧) في الأصل : « نفع » .

كقوله : من ردَّ عبيدٍ فله ثلثه ، أو من ردَّ عبيدٍ فله أحدهما . فردَّه إنسان استحقَّ أجر المثل ؛ لأنه عمِلَ عملاً يعوضُ لم يُسلمْ له ، فاستحقَّ ^(١٨) أجر المثل ^(١٩) ، كما في الإجارة .

فصل : ومن ردَّ لقطَةً أو ضالَّةً ، أو عمِلَ لغيره عملاً غير ردِّ الآبق ، ^(٢٠) بغير جعل ^(٢١) ، لم يستحقَّ عوضاً . لا نعلم في هذا خلافاً ؛ لأنه عملٌ يستحقُّ به العوضُ مع المعاوضة ، فلا يستحقُّ مع عديمها ، كالعمل في الإجارة . فإن اختلفا في الجعل ، فقال : جعلت لي في ردِّ لقطتي كذا . فأنكر المالك ، فالقول قولُه مع يمينه ؛ لأن الأصل عدمه . وإن اتفقا على العوض ، واختلفا في قدره ، فالقول قول المالك ؛ لأن الأصل عدم التزايد المختلف فيه ، ولأن القول قولُه في أصل العوض ، فكذلك في قدره ، كَرَبِّ المال في المضاربة . ويحتمل أن يتحالفا ، كالمُتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن ، والأجير والمستأجر إذا اختلفا في قدر ^(٢٢) الأجر . فعلى هذا إن تحالفا فسيخ العقد ، ووجب أجر المثل . وكذلك الحكم إن اختلفا في المساقاة ، فقال : جعلت لك الجعل على ردِّها من حلب . فقال : بل على ^(٢٣) ردِّها من ^(٢٤) حمص . وإن اختلفا في عين العبد الذي جعل الجعل في ردِّه ، فقال : ردَّدت العبد الذي شرطت لي الجعل فيه . قال : بل شرطت لك الجعل في العبد الذي لم تُردِّه . فالقول قول المالك ؛ لأنه أعلم بشرطه ، ولأنه ادَّعى عليه شرطاً في هذا العقد فأنكره ، والأصل عدم الشرط .

فصل : ^(٢٥) فأما ردُّ العبد الآبق ، فإنه يستحقُّ الجعل بِردِّه وإن لم يشترط له .

روى هذا عن عمر / ، وعلى ، وابن مسعود . وبه قال شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، وأصحاب الرأي . وقد روى عن أحمد أنه لم يكن يُوجب ذلك . قال ابن

(١٨ - ١٩) في م : وأجره .

(١٩ - ٢٠) في الأصل : بجعل .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١ - ٢٢) في م : رده .

(٢٢ - ٢٣) في م : أما .

مَنْصُورٌ : سِئِلَ أَحْمَدُ عَنْ جُعْلٍ الْآبِقِ ؟ فَقَالَ : لَا أَذَرِي ، قَدْ تَكَلَّمَتِ النَّاسُ فِيهِ . لَمْ يَكُنْ عَنْهُ فِيهِ حَدِيثٌ صَحِيحٌ . فَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّهُ لَا جُعْلَ لَهُ فِيهِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ فَإِنَّهُ قَالَ : « وَإِذَا بَقِيَ الْعَبْدُ فَلَمَنْ جَاءَ بِهِ إِلَى سَيِّدِهِ مَا أَتَّفَقَ عَلَيْهِ » . وَلَمْ يَذْكُرْ جُعْلًا . وَهَذَا قَوْلُ النَّجَّيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ لِغَيْرِهِ عَمَلًا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَشْطُرَ لَهُ عَمُوضًا ، فَلَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا ، كَمَا لَوْ رُدَّ جَمَلُهُ الشَّارِدُ . وَوَجْهُ الرُّوَايَةِ الْأُولَى ، مَا رَوَى عَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَابْنُ أَبِي مُلَيْكَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ فِي جُعْلٍ الْآبِقِ ، إِذَا جَاءَ بِهِ خَارِجًا مِنَ الْحَرَمِ ، دِينَارًا^(٢٣) . وَأَيْضًا فَإِنَّهُ قَوْلٌ مِنْ سَمْعِيٍّ مِنَ الصَّحَابَةِ ، وَلَمْ نَعْرِفْ لَهُمْ فِي زَمَانِهِمْ مُحَالِفًا ، فَكَانَ إِجْمَاعًا . وَلِأَنَّ فِي شَرْطِ الْجُعْلِ فِي رَدِّهِمْ حَتًّا عَلَى رَدِّ الْأَبَاقِ ، وَصِيَانَةً لَهُمْ عَنِ الرُّجُوعِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ، وَرَدِّتِهِمْ عَنْ دِينِهِمْ ، وَتَقْوِيَةَ أَهْلِ الْحَرْبِ بِهِمْ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَشْرُوعًا لِهَذِهِ الْمَصْلَحَةِ . وَبِهَذَا فَارَقَ رَدُّ الشَّارِدِ ، فَإِنَّهُ لَا يُفْضَى إِلَى ذَلِكَ . وَالرُّوَايَةُ الْأُخْرَى أَقْرَبُ إِلَى الصَّحَّةِ^(٢٤) ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْوُجُوبِ ، وَالْخَبَرُ الْمَرْوِيُّ فِي هَذَا مَرْسَلٌ ، وَفِيهِ مَقَالٌ ، وَلَمْ يَثْبُتِ الْإِجْمَاعُ فِيهِ وَلَا الْقِيَاسُ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ اعْتِبَارُ الشَّرْعِ لِهَذِهِ الْمَصْلَحَةِ الْمَذْكُورَةِ فِيهِ ، وَلَا تَحَقُّقَتْ أَيْضًا ، فَإِنَّهُ لَيْسَ الظَّاهِرُ مَرَرَتِهِمْ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ إِلَّا فِي الْمَجْلُوبِ مِنْهَا ، إِذَا كَانَتْ قَرِيبَةً ، وَهَذَا بَعِيدٌ فِيهِمْ . فَأَمَّا عَلَى الرُّوَايَةِ الْأُولَى ، فَقَدْ اخْتَلَفَتِ الرُّوَايَةُ فِي قَدْرِ الْجُعْلِ ، فَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ ، أَوْ دِينَارٌ ، إِنْ رَدَّهَ مِنَ الْمِصْرِ ، وَإِنْ رَدَّهَ مِنْ خَارِجِهِ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَلْزَمُهُ دِينَارٌ ، أَوْ اثْنَتَا عَشَرَ دِرْهَمًا ، لِلْخَبَرِ الْمَرْوِيِّ فِيهِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ يَرَوَى عَنْ عَمْرِو وَعَلَى^(٢٥) ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَالثَّانِيَةُ ، لَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا إِنْ رَدَّهَ مِنْ خَارِجِ الْمِصْرِ . اخْتَارَهَا الْحَلَّالُ ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَشُرَيْحٍ ، فَرَوَى أَبُو عَمْرٍو^(٢٦)

(٢٣) أخرجه ابن أبي شيبة ، في كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٥٤٠/٦ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ .

(٢٤) في م : المصلحة .

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) في النسخ : أبو عمر . وهو إسحاق بن مرار اللغوي الكوفي المتوفى سنة عشر ومائتين . المعبر ٣٥٨/١ .

الشَّيْبَانِي قَالَ : قُلْتُ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ : إِنِّي أَصَبْتُ عَيْدًا أَبَاقًا^(٢٧) . فَقَالَ : لَكَ أَجْرٌ وَغَنِيمَةٌ . فَقُلْتُ : هَذَا الْأَجْرُ ، فَمَا الْغَنِيمَةُ ؟ قَالَ : مِنْ كُلِّ رَأْسٍ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا^(٢٨) . وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ^(٢٩) : أُعْطِيَتْ الْجُعْلُ فِي زَمَنِ مُعَاوِيَةَ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مُسْتَفِيزٌ فِي الْعَصْرِ الْأَوَّلِ . قَالَ الْخَلَّالُ : / حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ أَصَحُّ إِسْنَادًا . وَرَوَى عَنْ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، أَنَّهُ قَالَ : إِذَا وَجَدَهُ عَلَى مَسِيرَةٍ ثَلَاثٍ ، فَلَهُ ثَلَاثَةُ دَنَانِيرٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ رَدَّهُ مِنْ مَسِيرَةٍ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ، فَلَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، وَإِنْ كَانَ مِنْ دُونَ ذَلِكَ ، يُرَضِّخُ لَهُ عَلَى قَدْرِ الْمَكَانِ الَّذِي تَعْنَى^(٣٠) إِلَيْهِ . وَلَا فَرْقَ عِنْدَ إِمَامَيْنَا بَيْنَ أَنْ يَزِيدَ الْجُعْلُ عَلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ أَوْ لَا يَزِيدَ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ قَلِيلَ الْقِيَمَةِ نَقَصَ الْجُعْلُ عَنْ^(٣١) قِيَمَتِهِ دِرْهَمًا ، لِقَوْلِهِ يَفُوتُ عَلَيْهِ الْعَبْدُ جَمِيعُهُ . وَلَنَا ، غُمُومٌ الدَّلِيلِ ، وَلَئِنَّهُ جُعْلٌ يُسْتَحَقُّ فِي رَدِّ الْآبِقِ ، فَاسْتَحَقَّهُ وَإِنْ زَادَ عَلَى قِيَمَتِهِ ، كَمَا لَوْ جَعَلَهُ لَهُ صَاحِبُهُ ، وَيُسْتَحَقُّهُ إِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ^(٣٢) فِي تَرْكِتِهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ : إِنْ كَانَ الَّذِي رَدَّهُ مِنْ وَرَثَةِ الْمَوْلَى ، سَقَطَ الْجُعْلُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا عَوَضٌ عَنْ عَمَلِهِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِالْمَوْتِ ، كَالْأَجْرِ فِي الْإِجَارَةِ ، وَكَأَنَّهُ كَانَ مِنْ غَيْرِ وَرَثَةِ الْمَوْلَى . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ مَنْ رَدَّهُ مَعْرُوفًا بِرَدِّ الْآبِقِ أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَبِهَذَا قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِذَلِكَ ، اسْتَحَقَّ الْجُعْلَ ، وَإِلَّا فَلَا . وَلَنَا الْحَبْرُ ، وَالْأَثَرُ الْمَذْكُورُ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ ، وَلَئِنَّهُ رَدُّ آبِقًا ، فَاسْتَحَقَّ الْجُعْلَ ، كَالْمَعْرُوفِ بِرَدِّهِمْ .

(٢٧) فِي م : « أَبَق » .

(٢٨) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمَصْنَفُ ٥٤١/٦ . وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ الْجُعْلِ فِي الْآبِقِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمَصْنَفُ ٢٠٨/٨ .

(٢٩) لَعَلَّهُ يَعْنِي السَّبْعِيَّ عَمْرُو بْنَ عَبْدِ اللَّهِ . انْظُرْ تَرْجُمَتَهُ فِي التَّهْذِيبِ ٦٣/٨ .

(٣٠) فِي الْأَصْلِ : « يَعْنَى » ، وَفِي م : « لِمَعْنَى » .

(٣١) فِي م : « مِنْ » .

(٣٢) سَقَطَ مِنْ م .

فصل : ويجوز أخذ الآبي لمن وجده . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . ولا نعلم فيه خلافا ؛ وذلك لأن العبد لا يؤمن لحاقه بدار الحرب ، وارتداده ، واشتغاله بالفساد في سائر البلاد ، بخلاف الضوال التي تحفظ نفسها . فإذا أخذته فهو أمانة في يده ، إن تلف بغير تفريطه ، فلا ضمان عليه ، وإن وجد صاحبه ، دفعه (٣٣) إليه إذا أقام به البيّنة ، أو اعترف العبد أنه سيّده . وإن لم يجد سيّده ، دفعه إلى الإمام أو نائبه ، فيحفظه لصاحبه ، أو يبيعه إن رأى المصلحة في بيعه ، ونحو ذلك قال مالك ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم لهم (٣٤) مخالفا . وليس لملتقطه بيعه ولا تملكه بعد تفريطه ؛ لأن العبد ينحفظ بنفسه ، فهو كضوال الإبل . فإن باعه ، فالبائع فاسد ، في قول عامة أهل العلم ، منهم ؛ أبو حنيفة ، والشافعي . وإن باعه الإمام لمصلحة رآها في بيعه ، فجاء سيّده فاعترف أنه كان أعتقه ، قبل منه ؛ لأنه لا يجزئ إلى نفسه بهذا نقعا ، ولا يدفع عنها ضررا . ويحتمل أن لا يقبل ؛ لأنه ملك لغيره ، فلا يقبل إقراره في ملك غيره ، كالمو باعه السيّد ثم أقر / يعتقه . فعلى هذا ليس لسيّده أخذ ثمنه ؛ لأنه يقر أنه حر . ولا يستحق ثمنه ، ولكن يؤخذ إلى بيت المال ؛ لأنه مستحق (٣٥) له ، فهو كتركه من مات ولا وارث له . فإن عاد السيّد فأنكر العتق ، وطلب المال ، دفع إليه ؛ لأنه لا متازع له فيه .

فصل : وإذا أبق العبد ، فحصل في يد حاكم ، فأقام سيّده بينة عند حاكم بلده آخر أن فلانا الذي صفته كذا وكذا ، واستقصى صفاته ، عبد فلان بن فلان (٣٦) أبق منه ، فقبل الحاكم بيّنته ، وكتب الحاكم (٣٧) إلى الحاكم الذي عنده العبد : ثبت عندي إباق فلان الذي صفته كذا وكذا . قبل كتابه ، وسلم إليه العبد . وهذا قول

(٣٣) في م : د دفع .

(٣٤) في م : د فيه .

(٣٥) في الأصل : لا يستحق .

(٣٦) في م زيادة : فلا .

(٣٧) سقط من : الأصل .

أبي يوسف ، وأحد قَوْلَي الشافعي ، إلا أن أبا يوسف قال : يأخذ به كفيلاً ، لأنَّ اليَنة أثبتته بصرفاته ، كما ثبت في الذمة بوصفه في السلم . وقال أبو حنيفة ، ومحمد : لا يجب تسليمه ؛ لأنهم لا يشهدون على عيْنه ، وإنما يشهدون بالصفات ، وقد تتفق الصفات مع اختلاف الأغنياء ، ويفارق المسلم فيه ، فإنَّ الواجب أقل ما يوجد منه ^(٣٨) الصفة ، وهو غير معين . ولنا ، أنه يقبل كتاب الحاكم إلى الحاكم على شخص غائب ، ويؤخذ المحكوم عليه بالحق ، وليس ثم شهادة على عيْن ، وإنما يؤخذ المحكوم عليه باسمه ونسبه وصفته ، فكذا ههنا ، إذا ثبت وجوب تسليمه ، فإنَّ الحاكم الذي يسلمه يختم في عنقه خيطاً ضيقاً لا يخرج من رأسه ، ويندفعه إلى المدعى أو وكيله ، ليحمله إلى الحاكم الكاتب ، ليشهد الشهود على عيْنه ، فإن شهدوا بعينه ، سلم إلى مدعيه ، وإن لم يشهدوا وجب ^(٣٩) رده إلى الحاكم الأول ، ويكون في ضمان الذي أخذه ؛ لأنه أخذه بغير استحقاق .

٩٤٦ - مسألة ؛ قال : (وإن كان التقطها قبل ذلك ، فردّها لعلل الجعل ، لم يجز له أخذها)

إنما كان كذلك ؛ لأنه إذا التقطها قبل أن يبلغه الجعل ، فقد التقطها بغير عوض ، وعمل في مال غيره بغير جعل جعيل ، فلا يستحق شيئاً ، كالألتقاطها ولم يجعل ربه فيها شيئاً . وفارق الملتقط بعد بلوغه الجعل ؛ فإنه إنما بذل منافعته بعوض جعل له ، فاستحقه ، كالأجير إذا عمل بعد العقد . وسواء كان التقاطها لها بعد الجعل أو قبله ؛ لما ذكرنا . ولا يستحق أخذ الجعل بردها ؛ / لأنَّ الرد واجب عليه من غير عوض ، فلم يجز أخذ العوض عن الواجب ، كسائر الواجبات . وإنما يأخذ الملتقط ، في موضع يجوز له أخذه عوضاً عن الالتقاط المباح . إذا ثبت هذا ، فإنَّ ملتقطها قبل

١٩٧/٥ ط

(٣٨) في الأصل : فيه .

(٣٩) في م : أوجب .

أَنْ يَنْلِقَهُ الْجُعْلُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ، سَوَاءَ رَدَّهَا لِإِلْعَالِ الْجُعْلِ أَوْ لِغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسْتَحِقَّهُ
مَعَ قَصْدِهِ إِيَّاهُ ، وَعَمَلِهِ مِنْ أَجْلِهِ ، فَلَا نَّ لَا يَسْتَحِقُّهُ مَعَ عَدَمِ ذَلِكَ أَوْ لَى . وَإِنَّمَا ذَكَرَ
الْخَرَقَى رَدَّهَا لِإِلْعَالِ الْجُعْلِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، لِئِنَّهُ بِهِ عَلَى عَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ فِيمَا إِذَا رَدَّهَا لِغَيْرِ
عِلَّتِهِ ، وَلَأنَّ الْحَاجَةَ لِنَّمَا تَدْعُو إِلَى مَعْرِفَةِ الْحُكْمِ فِي مَنْ يُرِيدُ الْجُعْلَ ، أَمَّا مَنْ تَرَكَهُ وَلَا
يُرِيدُهُ ، فَلَا يَقَعُ التَّنَازُعُ فِيهِ غَالِبًا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٩٤٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الَّذِي وَجَدَ اللَّقْطَةَ سَفِيهَاً أَوْ طِفْلاً ، قَامَ وَلِيُّهُ
بِتَغْرِيفِهَا ، فَإِنْ تَمَّتِ السُّتَةُ ، ضَمَّهَا إِلَى مَالِ وَاجِدِهَا)

وجملة ذلك أَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونِ وَالسَّفِيَّ ، إِذَا التَّقَطَّ أَحَدُهُمْ لُقْطَةً ، ثَبَّتَتْ يَدُهُ
عَلَيْهَا ؛ لِغُمُومِ الْأَنْخَبَارِ ، وَلَأنَّ هَذَا تَكَسُّبٌ ، فَصَحَّ مِنْهُ ، كَالْأَصْطِيَادِ وَالْإِخْتِطَابِ .
وَإِنْ تَلَفَتْ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ تَغْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ أَخْذَهُ . وَإِنْ تَلَفَتْ
بِتَغْرِيطِهِ ، ضَمَّنَهَا فِي مَالِهِ . وَإِذَا عَلِمَ بِهَا وَلِيُّهُ ، لَزِمَهُ أَخْذُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْحِفْظِ
وَالْأَمَانَةِ ، فَإِنْ تَرَكَهَا فِي يَدِهِ ضَمَّنَهَا ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ حِفْظُ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الصَّبِيِّ ، وَهَذَا
يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّهُ ، فَإِذَا تَرَكَهَا فِي يَدِهِ كَانَ مُضِيْعًا لَهَا ، وَإِذَا أَخَذَهَا الْوَلِيُّ ، عَرَّفَهَا ؛ لِأَنَّ
وَاجِدَهَا لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّغْرِيفِ ، فَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ التَّغْرِيفِ ، دَخَلَتْ فِي مِلْكِ
وَاجِدِهَا ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ تَمَّ شَرْطُهُ ، فَيُثْبِتُ الْمِلْكُ لَهُ ، كَمَا لَوْ أَصْطَادَ صَيْدًا . وَهَذَا
مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّ أَصْحَابَهُ قَالُوا : إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ التَّغْرِيفِ ، فَكَانَ الصَّبِيُّ
وَالْمَجْنُونُ بَحِيْثٌ يُسْتَفْرَضُ لَهَا ، يَتَمَلَّكُهُمَا ، وَالْأَفْلَا . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَتَمَلَّكُهُمَا
بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ ظُهُورِ^(١) صَاحِبِهِ ، فَيَكُونُ تَمَلُّكُهُ مَصْلَحَةً^(٢) لَهُ . وَلَنَا ،
عُمُومُ الْأَنْخَبَارِ ، وَلَوْ جَرَى هَذَا مَجْرَى الْإِقْتِرَاضِ^(٣) لَمَا صَحَّ التَّقَاطُ صَبِيًّا لَا يَجُوزُ
الْإِقْتِرَاضُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ تَبَرُّعًا بِحِفْظِ مَالٍ غَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ فَائِدَةٍ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « رَجُوعٌ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « لِمَصْلَحَةٍ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « الْإِقْرَاضُ » .

فصل : قال أحمد ، في رواية العباس ابن موسى ^(٤) ، في غلام له عشر سنين ، التَّقَطُّ لُقْطَةً ، ثم كَبِرَ : فإن وَجَدَ صَاحِبَهَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ ، وإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا . قد مَضَى ^(٥) أَجَلَ التَّعْرِيفِ فيما تَقَدَّمَ من السِّنِّينَ ، ولم يُرَدَّ عَلَيْهِ اسْتِقْبَالَ أَجْلِ التَّعْرِيفِ . قال : وقد كُنْتُ سَمِعْتُهُ قَبْلَ هَذَا أَوْ بَعْدَهُ يَقُولُ في انْقِضَاءِ أَجْلِ التَّعْرِيفِ إذا لم يَجِدْ صَاحِبَهَا ^(٦) : أَيَتَصَدَّقُ بِمَالِ الْغَيْرِ ! وهذه الْمَسْأَلَةُ قد مَضَى نَحْوُهَا فيما إذا لم يُعْرِفِ الْمُتَقَطُّ اللَّقْطَةَ في حَوْلِهَا ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا وَإِنْ عَرَفَهَا فيما بعد ذلك ؛ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ بَعْدَهُ لَا يُمِيزُ ظَاهِرًا ، لِكَوْنِ صَاحِبِهَا يَتَسَمَّى مِنْهَا ، وَتَرَكَ طَلَبَهَا . وهذه الْمَسْأَلَةُ تُدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِذَا تَرَكَ التَّعْرِيفَ لِعُذْرٍ ، كَانَ كَثْرَتُهُ لَغَيْرِ عُذْرٍ ؛ لِكَوْنِ الصَّبِيِّ مِنْ أَهْلِ الْعُذْرِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي هَذَا رَجْهَيْنِ فيما تَقَدَّمَ . وقال أحمد ، في غلامٍ لم يَبْلُغْ ، أَصَابَ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ ، فَذَهَبَ بِهَا إِلَى مَنْزِلِهِ ، فَضَاعَتْ ، فَلَمَّا بَلَغَ أَرَادَ رَدَّهَا ، فَلَمْ يُعْرِفْ صَاحِبَهَا : تَصَدَّقَ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ عَشْرَةَ ، وَكَانَ يُجْحِفُ بِهِ ، تَصَدَّقَ قَلِيلًا قَلِيلًا . قال القاضي : معنى هذا أَنَّهَا تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِ الصَّبِيِّ ، وَهُوَ أَنَّهُ لَمْ يُعْلَمْ وَلِيُّهُ حَتَّى يَقُومَ بِتَعْرِيفِهَا .

١٩٨/٥ و

فصل : وإذا وَجَدَ الْعَبْدُ لُقْطَةً ، فَلَهُ أَخْذُهَا بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَيَصِحُّ اتِّقَاطُهَا . وبهذا قال أبو حنيفة ، وهو أَخَذَ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وقال في الْآخِرِ ^(٧) : لَا يَصِحُّ اتِّقَاطُهَا ؛ لِأَنَّ اللَّقْطَةَ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ^(٨) أَمَانَةٌ وَوَلَايَةٌ ، وَفِي ^(٩) الثَّانِي تَمْلُكٌ ، وَالْعَبْدُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوَلَايَاتِ وَلَا الْمِلْكِ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْحَبْرِ ، وَلِأَنَّ الْإِتِّقَاطَ سَبَبٌ يَمْلِكُ بِهِ الصَّبِيُّ وَيَصِحُّ مِنْهُ ، فَصَحَّ مِنَ الْعَبْدِ ، كَالِاخْتِطَابِ وَالِاصْطِيَادِ ، وَلِأَنَّ مَنْ جَازَ لَهُ قَبُولُ

(٤) أى العباس بن محمد بن موسى . وتقدمت ترجمته .

(٥) ق م : : أمضى .

(٦) في الأصل : : صاحبه .

(٧) ق م : : الآخذ ، تحريف .

(٨ - ٩) ق م : : أمانة ولاية في .

الْوَدِيعَةِ ، صَحَّ مِنْهُ الْإِتِّقَاطُ ، كَالْحُرِّ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الْعَبْدُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَاتِ
وَالْأَمَانَاتِ . يَطْلُ بِالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، فَإِنَّهُمَا أَذْنَى حَالًا مِنْهُ فِي هَذَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ
الْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ . مَمْنُوعٌ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا ، فَإِنَّهُ يَتَمَلَّكُ لِسَيِّدِهِ ، كَمَا يَخْصُلُ ^(٩) بِسَائِرِ
الْاِكْتِسَابِ ^(١٠) ، وَلِأَنَّ الْإِتِّقَاطَ تَخْلِيصُ مَالٍ مِنَ الْهَلَاكِ ، فَجَازَ مِنَ الْعَبْدِ بَغَيْرِ إِذْنِ
سَيِّدِهِ ، كَأَنْقَازِ الْمَالِ الْعَرِيقِ وَالْمَعْصُوبِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ التَّقَطَّ الْعَبْدُ لِقِطْعَةٍ كَانَتْ
أَمَانَةً فِي يَدِهِ ، إِنْ ثَلَفَتْ بِغَيْرِ تَقْرِيطٍ فِي حَوْلِ التَّعْرِيفِ ، لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ ثَلَفَتْ
بِتَقْرِيطِ ^(١١) أَوْ إِثْلَافٍ ، وَجَبَ ضَمَانُهَا فِي رَقَبَتِهِ ، كَسَائِرِ جَنَائِيَاتِهِ . وَإِنْ عَرَفَهَا ، صَحَّ
تَعْرِيفُهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ قَوْلًا صَحِيحًا ، فَصَحَّ تَعْرِيفُهُ ، كَالْحُرِّ ، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ التَّعْرِيفِ ،
مَلَكَهَا سَيِّدُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِتِّقَاطَ كَسَبُ الْعَبْدِ ، وَكَسَبُهُ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ عَلِمَ السَّيِّدُ بِلِقِطْعَةٍ
عَبْدِهِ ، كَانَ لَهُ اثْتِرَاعُهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ كَسَبِ الْعَبْدِ ، وَلِلْسَّيِّدِ اثْتِرَاعُ كَسَبِهِ مِنْ يَدِهِ ،
فَإِذَا اثْتِرَعَهَا بَعْدَ أَنْ عَرَفَهَا الْعَبْدُ مَلَكَهَا ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يُعْرِفَهَا ، عَرَفَهَا سَيِّدُهُ حَوْلًا كَامِلًا ،
وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ قَدْ عَرَفَهَا بَعْضَ الْحَوْلِ / ، عَرَفَهَا السَّيِّدُ تَمَامَهُ . فَإِنْ اخْتَارَ السَّيِّدُ إِقْرَارَهَا ١٩٨/٥ ظ
فِي يَدِ عَبْدِهِ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ أَمِينًا جَازَ ، وَكَانَ السَّيِّدُ مُسْتَعِينًا بِعَبْدِهِ فِي
حِفْظِهَا ، كَمَا يَسْتَعِينُ بِهِ فِي حِفْظِ مَالِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ غَيْرَ أَمِينٍ ، كَانَ السَّيِّدُ مُفَرِّطًا
بِإِقْرَارِهَا فِي يَدِهِ ، وَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَمَا لَوْ أَخَذَهَا مِنْ يَدِهِ ثُمَّ رَدَّهَا إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ
كَيِّدُهُ ، وَمَا يَسْتَحِقُّ بِهَا فَهَرُ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ بَعْدَ الْإِتِّقَاطِ ، فَلَهُ اثْتِرَاعُ
اللِّقْطَةِ مِنْ يَدِهِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ كَسَبِهِ ، وَأَكْسَابُهُ لِسَيِّدِهِ . وَمَتَى عَلِمَ الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ غَيْرُ
مَأْمُونٍ عَلَيْهَا ، لَزِمَهُ سَتْرُهَا عَنْهُ ، وَتَسْلِيمُهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، لِيُعْرِفَهَا ، ثُمَّ يَذْفَعَهَا إِلَى سَيِّدِهِ
بِشَرْطِ الضَّمَانِ . فَإِنْ أَعْلَمَ سَيِّدُهُ بِهَا ، فَلَمْ يَأْخُذْهَا مِنْهُ ، أَوْ أَخَذَهَا فَعَرَفَهَا وَأَدَّى الْأَمَانَةَ
فِيهَا فَتَلَفَتْ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ بِغَيْرِ تَقْرِيطِ ^(١١) ، فَلَا ضَمَانَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَتَلَفْ بِتَقْرِيطِ

(٩ - ٩) فِي الْأَصْلِ : « سَائِرِ الْاِكْتِسَابَاتِ » .

(١٠) فِي م : « بِتَقْرِيطِهِ » .

(١١) فِي م : « تَقْرِيطِهِ » .

من أحدهما، وإن لم يؤد الأمانة فيها، وجب ضمائنها، ويتعلق الضمان برقية العبد وذمة السيد جميعاً؛ لأن التفريط حصل منهما جميعاً.

فصل: والمكاتب كالحُر في اللقطة؛ لأن المال له في الحال، وأكسابه له دون سيده، واللقطة من أكسابه^(١٢)، فإن عجز عاذ عبداً، وصار حكمه في اللقطة حكم العبد، على ما مر بيانه. وأم الولد، والمعلق عتقه بصيفة، والمُدبر، كالقن. ومن نصفه حُر إذا التقط شيئاً، ولم يكن بينه وبين سيده مهايأة، فهو بينهما بعد التعريف نصفين^(١٣)، كسائر أكسابه، وهي بينهما في حوز التعريف كالحرين إذا^(١٤) التقطاً لقطة، وإن كان بينهما مهايأة، ففيها وجهان؛ أحدهما، لا تدخل في المهايأة؛ لأنها كسب نادر، لا يعلم وجوده ولا يظن، فلم تدخل في المهايأة، وتكون بينهما. والثاني: تدخل في المهايأة؛ لأنها من كسبه، فأشبهت سائر أكسابه، فإن وجدها في يومه فهي له، وإن وجدها في يوم سيده فهي له، وإن كان العبد مشتركا بين اثنين، فلقطته بينهما، على ما ذكرنا في من بعضه حُر وبعضه رقيق.

فصل: والذمي في الاتقاط كالمسلم. ومن أصحاب الشافعي من قال: ليس له الاتقاط في دار الإسلام؛ لأنه ليس من أهل الأمانة. ولنا، أنها نوع اكتساب، فكان من أهلها، كالحش والاختطاب. وما ذكروه يطل بالصبي والمجنون، فإنه يصبح التقاطهما، مع عدم الأمانة. إذا ثبت هذا، فإنه إن عرف اللقطة حولاً كاملاً^(١٥)، ملكها كالمسلم /، وإن علم بها الحاكم أو السلطان، أقرها في يده، وضم إليه مشرفاً عذلاً يشرف عليه، ويعرفها؛ لأننا لا نأمن الكافر على تعريفها، ولا نأمنه أن يخل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه، وأجر المشرف عليه، فإذا

(١٢) م: د اكسابه .

(١٣) أى يقسم نصفين .

(١٤) سقط من: م .

ثُمَّ حَوَّلَ التَّعْرِيفَ مَلَكَهَا الْمُتَقَطُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُنَزَّعَ مِنْ يَدِ الدَّمِيِّ ، وَتُوضَعَ عَلَى يَدِ عَدْلٍ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَأْمُونٍ عَلَيْهَا .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ لِمَنْ لَيْسَ بِأَمِينٍ أَنْ لَا يَأْخُذَ اللَّقْطَةَ ؛ لِأَنَّهُ يُعَرِّضُ نَفْسَهُ لِلْأَمَانَةِ ، وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِهَا ، فَإِنَّ التَّقَطُّ صَحُّ الْتِقَاطِهِ ؛ لِأَنَّهَا جِهَةٌ مِنْ جِهَاتِ الْكَسْبِ ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْكَسْبِ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا صَحَّ الْتِقَاطُ الْكَافِرِ ، فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى ، فَإِذَا التَّقَطُّهَا فَعَرَّفَهَا حَوَّلًا ، مَلَكَهَا كَالْعَدْلِ . وَإِنْ عَلِمَ الْحَاكِمُ أَوْ السُّلْطَانُ بِهَا ، أَقْرَاهَا فِي يَدِهِ ، وَضَمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفًا يُشْرِفُ عَلَيْهِ ، وَيَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا ، كَمَا قُلْنَا فِي الدَّمِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَأْمَنُهُ عَلَيْهَا . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ، وَقَالَ فِي الْآخَرِ : يَنْزِعُهَا مِنْ يَدِهِ ، وَيَضَعُهَا فِي يَدِ عَدْلٍ . وَلَنَا ، أَنْ مَنْ حُلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَدِيعَةِ ، لَمْ تُزَلْ يَدُهُ عَنِ اللَّقْطَةِ ، كَالْعَدْلِ ، وَالْحِفْظُ يَحْصُلُ بِضَمِّ الْمُشْرِفِ ^(١) إِلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنِ الْمُشْرِفُ حِفْظَهَا مِنْهُ ، انْتَزَعَتْ مِنْ يَدِهِ ، وَتُرِكَتْ فِي يَدِ عَدْلٍ ، فَإِذَا عَرَّفَهَا وَتَمَّتِ السَّنَةُ ، مَلَكَهَا مُلْتَقَطُهَا ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ وَجَدُّهُ مِنْهُ .

٩٤٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا وَجَدَ الشَّاةُ بَعِضَرٍ ، أَوْ بِمَهْلَكَةٍ ، فَهِيَ لِقَطَّةٌ)

يعنى أَنَّهُ يُبَاحُ أَخْذُهَا وَالتَّقَاطُطُهَا ، وَحُكْمُهَا إِذَا أَخْذَهَا حُكْمُ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، فِي التَّعْرِيفِ وَالْمِلْكِ بَعْدَهُ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنْ مَذْهَبِ أَحْمَدَ ، وَقَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعُوا ^(١) عَلَى أَنَّ ضَالَّةَ الْعَنَمِ فِي الْمَوْضِعِ الْمَخُوفِ عَلَيْهَا لَهُ أَكْلُهَا ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي كُلِّ حَيَوَانٍ لَا يَمْتَنِعُ بِنَفْسِهِ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ، وَهِيَ الثَّغْلَبُ ، وَابْنُ آوَى ، وَالذَّنْبُ ^(٢) ، ^(٣) وَلَوْلَدُ الْأَسَدِ ^(٤) وَنَحْوُهَا . فَمَا لَا يَمْتَنِعُ مِنْهَا ، كَفَصْلَانِ الْإِبِلِ ، وَعُجُولِ الْبَقَرِ ، وَأَفْلَاءِ ^(٥) الْحَيْلِ ، وَالذَّجَاجِ ، وَالْإَوْزِ وَنَحْوُهَا ،

(١٥) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « عَلَيْهِ » .

(١) فِي م : « أَجْمَعُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « وَالدَّب » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « وَالْأَسَد » .

(٤) الْغُلُو : وَلَدُ الْفَرَسِ .

يجوزُ التَّقَاطُ . ويُروى عن أحمد بن حنبل رواية أخرى ، ليس لغير الإمام التَّقَاطُها . وقال الليث ابن سعد : لا أحبُّ أن يقرَّبها ، إلَّا أن يحوزَها^(٥) ؛ لصاحبها ؛ لقول رسول الله ﷺ : « لا يُؤوى الضَّالُّ إلَّا ضَالٌّ »^(٦) . ولأنه حيوانٌ أشبه الإبل . ولنا ، قول النبي ﷺ ، لما سئل عن الشاة : « خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئِبِ » . مُتَّفَقٌ عليه^(٧) . ولأنه يُخَشَى عليه التَّلَفُ والضَّيَاعُ / ، فأشبهه لُقْطَةً غير الحيوان ، وحديثنا أَخَصُّ من حديثهم ، فنَحْصُهُ به ، والقياسُ على الإبل لا يصحُّ ؛ فإن النبي ﷺ علَّلَ مَنَعَ التَّقَاطِ بِأَن معها حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا ، وهذا معدومٌ في الغنم ، ثم قد فُرِّقَ النبي ﷺ بينهما في خَبَرٍ واحدٍ ، فلا يجوزُ الجَمْعُ بين ما فُرِّقَ الشَّارِعُ بينهما ، ولا قياسُ ما أَمَرَ بالتَّقَاطِ على ما مَنَعَ ذلك فيه^(٨) . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا فَرْقَ بين أن يَجِدَها بِمِصْرٍ أَوْ بِمَهْلَكَةٍ . وقال مالكٌ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، في الشاةِ تُوجَدُ في الصَّخْرَاءِ : أَذْبَحُهَا ، وَكُلَّهَا . وفي المِصْرِ : ضَمُّهَا حَتَّى يَجِدَهَا صَاحِبُهَا ؛ لأنَّ النبي ﷺ قال : « هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئِبِ » . والذَّئِبُ لا يَكُونُ في المِصْرِ . ولنا ، أنَّ النبي ﷺ قال : « خُذْهَا » . ولم يُفَرِّقْ ، ولم يَسْتَفْصِلْ ، ولو افْتَرَقَ^(٩) الحالُ لَسَأَلَ واستَفْصَلَ^(١٠) ، ولأنَّها لُقْطَةٌ ، فَاسْتَوَى فِيهَا المِصْرُ والصَّخْرَاءُ ، كسائر اللُّقَطَاتِ .^(١١) وقولهم : إنَّ الذَّئِبَ لا يَكُونُ إلَّا في الصَّخْرَاءِ . قلنا : كَوْنُهَا لِلذَّئِبِ في الصَّخْرَاءِ لا يَمْنَعُ^(١٢) كَوْنُهَا لغيره في المِصْرِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فَإِنَّهُ مَتَى عَرَفَهَا حَوْلًا كَامِلًا ،

(٥) في م : « يحوزها » .

(٦) أخرجه مسلم ، في : باب في لقطة الحاج ، من كتاب اللقطة . صحيح مسلم ١٣٥١/٣ . وأبو داود ، في : كتاب اللقطة : سنن أبي داود ٣٩٩/١٠ . والإمام مالك ، في : باب القضاء في الضوال ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٥٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المستند ١١٧/٤ .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٨) في م : « منه » .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في م : « أو استفصل » .

(١١ - ١٢) سقط من : الأصل .

مَلَكَهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا . وَلَعَلَّهَا الرُّوَايَةُ الَّتِي مَنَعَ مِنَ التَّقَاطُطِ فِيهَا . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ » . فَأَضَافَهَا إِلَيْهِ بِلَاغِ التَّمْلُكِ ^(١٢) ، وَلَأنَّهَا يُنَاحُ ^(١٣) التَّقَاطُطُ ، فَمِلَكْتَ بِالْتَّعْرِيفِ ، كَالْأَثْمَانِ ، وَلَأنَّ ذَلِكَ إِجْمَاعٌ ، حَكَاهُ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ .

فصل : وَيَتَخَيَّرُ مُتَقَطُّهَا بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَكْلُهَا فِي الْحَالِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ ضَلَّالَةَ الْعَنَمِ ، فِي الْمَوْضِعِ ^(١٤) الْمَخُوفِ عَلَيْهَا ، لَهُ أَكْلُهَا . وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّنْبِ » . فَجَعَلَهَا لَهُ فِي الْحَالِ ، وَسَوَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الذَّنْبِ ، وَالذَّنْبُ لَا يَسْتَأْنِي ^(١٥) بِأَكْلِهَا ، وَلَأنَّ فِي أَكْلِهَا فِي الْحَالِ إِغْنَاءٌ عَنِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَجِرَاسَةٌ لِمَالِيتِهَا عَلَى صَاحِبِهَا إِذَا جَاءَ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ قِيَمَتَهَا بِكَمَالِهَا مِنْ غَيْرِ نَقْصٍ ، وَفِي إِتْقَانِهَا تَضْيِيعٌ لِلْمَالِ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَالْعَرَامَةِ فِي عِلْفِهَا ، فَكَانَ أَكْلُهَا أَوْلَى . وَمَتَى أَرَادَ أَكْلُهَا حِفْظَ صِفَتِهَا ، فَمَتَى جَاءَ صَاحِبُهَا غَرَمَهَا لَهُ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا مَالِكًا ، فَإِنَّهُ قَالَ : كُلُّهَا ، وَلَا غَرَمَ عَلَيْكَ لِصَاحِبِهَا وَلَا تَعْرِيفَ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « هِيَ لَكَ » . وَلَمْ يُوجِبْ فِيهَا تَعْرِيفًا وَلَا غَرَمًا ، وَسَوَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الذَّنْبِ ، وَالذَّنْبُ لَا يُعْرِفُ وَلَا يَقْرُمُ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : لَمْ يُوَافِقْ مَالِكًا أَحَدٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ عَلَى قَوْلِهِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ / فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو : « رُدَّ عَلَى أَخِيكَ ضَالَّتَهُ » ^(١٦) . ذَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الشَّاةَ عَلَى مِلْكِ صَاحِبِهَا ، وَلَأنَّهَا لِقِطْعَةٍ لَهَا قِيَمَةٌ ، وَتَتَّبِعُهَا النَّفْسُ ، فَتَجِبُ غَرَامَتُهَا لِصَاحِبِهَا إِذَا جَاءَ كَغَيْرِهَا ، وَلَأنَّهَا مِلْكٌ لِصَاحِبِهَا ، فَلَمْ يَجُزْ تَمْلِكُهَا عَلَيْهِ بِغَيْرِ عَوَضٍ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ بَيْنَ الْبَنِيَانِ ، وَلَأنَّهَا عَيْنٌ يَجِبُ رُدُّهَا مَعَ بَقَائِهَا ، فَوَجِبَ

(١٢) فِي م : « التَّمْلِكِ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « مَبَاحٌ » .

(١٤) فِي م : « الْمَوْضِعِ » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « يَتَأَنَّى » . وَلَعَلَّهَا : « يَتَأَنَّى » .

(١٦) أَخْرَجَهُ الطُّحَاوِيُّ . شَرْحُ مَعَانِي الْأَثَارِ ١٣٥/٤ .

غَرَمَهَا إِذَا أَتَلَفَهَا ، كَلْقَطَةَ الذَّهَبِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « هِيَ لَكَ » . لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ غَرَامَتِهَا ، فَإِنَّهُ قَدْ أُذِنَ فِي لُقْطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ بَعْدَ تَعْرِيفِهَا ، فِي أَكْلِهَا وَإِنْفَاقِهَا ، وَقَالَ : « هِيَ كَسَائِرُ مَالِكَ » ^(١٧) . ثُمَّ أَجْمَعْنَا عَلَى وَجُوبِ غَرَامَتِهَا ، كَذَلِكَ الشَّاةُ ، وَلَا فَرْقَ فِي إِبَاحَةِ أَكْلِهَا بَيْنَ وَجْدَانِهَا فِي الصَّخْرَاءِ أَوْ فِي الْمِصْرِ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : لَيْسَ لَهُ أَكْلُهَا فِي الْمِصْرِ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ بَيْعُهَا ، بِخِلَافِ الصَّخْرَاءِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا جَازَ أَكْلُهُ فِي الصَّخْرَاءِ ، أُبِيحَ فِي الْمِصْرِ ، كَسَائِرِ الْمَأْكُولَاتِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « هِيَ لَكَ » . وَلَمْ يُفَرِّقْ ، وَلِأَنَّ أَكْلَهَا مُعَلَّلٌ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الِاسْتِغْنَاءِ عَنِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَهَذَا ^(١٨) فِي الْمِصْرِ أَشَدُّ مِنْهُ فِي الصَّخْرَاءِ . الثَّانِي ، أَنَّ يُنْسِكُهَا عَلَى صَاحِبِهَا ، وَيُنْفَقُ عَلَيْهَا مِنْ مَالِهِ ، وَلَا يَتَمَلَّكُهَا . وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يُنْفَقَ عَلَيْهَا مُحْتَسِبًا بِالنَّفَقَةِ عَلَى مَالِكِهَا ، وَأَشْهَدُ عَلَى ذَلِكَ ، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِالنَّفَقَةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، يَرْجِعُ بِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ الْمُروِّذِيِّ ، فِي طَيْرَةِ أَفْرَخَتْ عِنْدَ قَوْمٍ ، فَقَضَى أَنْ الْفَرَاخَ لِصَاحِبِ الطَّيْرِ ، وَيَرْجِعُ بِالْعَلْفِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَطَوِّعًا . وَقَضَى عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ فِي مَنْ وَجَدَ ضَالَّةً ، فَأَنْفَقَ عَلَيْهَا ، وَجَاءَ رَبُّهَا ، بِأَنَّهُ يَعْرِفُ لَهُ مَا أَنْفَقَ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَى اللَّقْطَةِ لِحِفْظِهَا ، فَكَانَ مِنْ مَالِ صَاحِبِهَا ، كَمُؤْتَةِ الرُّطَبِ وَالْعِنَبِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَلَمْ يُعْجِبِ الشَّعْبِيُّ قَضَاءَ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ؛ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ بغيرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ ^(١٩) ، كَمَا لَوْ بَنَى دَارَهُ ، وَيُقَارِقُ الْعِنَبَ وَالرُّطَبَ ، فَإِنَّهُ رَبُّمَا كَانَ تَجْفِيْفُهُ وَالْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ أَحْظُّ لِصَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ لَا تَتَكَرَّرُ ، وَالْحَيَوَانُ يَتَكَرَّرُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ، فَرَبُّمَا اسْتَعْرَقَ قِيَمَتَهُ ، فَكَانَ بَيْعُهُ أَوْ أَكْلُهُ أَحْظُّ ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَحْتَسِبِ الْمُنْفَقُ عَلَيْهَا بِمَا أَنْفَقَ . الثَّالِثُ ، أَنَّ يَبِيعُهَا وَيَحْفَظُ ثَمَنَهَا لِصَاحِبِهَا ، وَلَهُ

(١٧) تقدم في صفحة ٢٩٠ .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) سقط من : م .

أَن يَتَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفْسِهِ . وقال بعضُ أصحابِ الشافعيّ : يَبِيعُهَا بِإِذْنِ الإِمَامِ . ولَنَا ،
 أَنَّهُ إِذَا جَازَ لَهُ أَكْلُهَا بِغَيْرِ^(٢٠) إِذْنٍ ، فَبِيعُهَا أَوَّلَى . ولم يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا لَهَا تَعْرِيفًا فِي / هذه ٢٠٠/٥ ط
 الْمَوَاضِعِ . وهذا قولُ مالِكٍ ؛ لِحَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ ؛ فَإِنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ : « خُذْهَا ،
 فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّنْبِ » . ولم يَأْمُرْ بِتَعْرِيفِهَا ، كَمَا أَمَرَ فِي لُقْطَةِ الذَّهَبِ
 وَالْوَرِقِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا لُقْطَةٌ لَهَا خَطَرٌ ، فَوَجِبَ تَعْرِيفُهَا ، كَالْمَطْعُومِ الْكَثِيرِ ، وَإِنَّمَا تَرَكَ
 ذِكْرَ تَعْرِيفِهَا لِأَنَّهُ ذَكَرَهَا بَعْدَ بَيَانِهِ التَّعْرِيفَ فِيمَا سِوَاهَا ، فَاسْتَعْنَى بِذَلِكَ عَنْ ذِكْرِهِ فِيهَا ،
 وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِيهَا فِي الْحَوْلِ سُقُوطُ التَّعْرِيفِ ، كَالْمَطْعُومِ .

فصل : إِذَا أَكَلَهَا ثَبَتَتْ قِيمَتُهَا فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ عَزْلُهَا ؛ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي ذَلِكَ ،
 فَإِنَّهَا لَا تَنْتَقِلُ مِنَ الذِّمَّةِ إِلَى الْمَالِ الْمَعْزُولِ . وَلَوْ عَزَلَ شَيْئًا ثَمَّ أَفْلَسَ ، كَانَ صَاحِبُ اللَّقِطِ
 أَسْوَدَ الْغَرَمَاءِ ، وَلَمْ يَخْتَصْ بِالْمَالِ الْمَعْزُولِ . وَإِنْ بَاعَهَا ، وَحَفِظَ ثَمَنَهَا ، وَجَاءَ
 صَاحِبُهَا ، أَخَذَهُ ، وَلَمْ يُشَارِكْ فِيهِ أَحَدٌ مِنَ الْغَرَمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ ، لَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ
 فِيهِ .

فصل : وَإِذَا انْقَطَعَ مَا لَا يَتَقَيَّ عَامًّا ، فَذَلِكَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا مَا لَا يَتَقَيَّ بِعِلَاجٍ
 وَلَا غَيْرِهِ ، كَالطَّبِيخِ ، وَالْبَطِيخِ ، وَالْفَاكِهَةِ الَّتِي لَا تُجَفَّفُ ، وَالْخَضِرَاوَاتِ . فَهُوَ
 مُحْضَرٌّ بَيْنَ أَكْلِهِ ، وَبَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ ، وَلَا يَجُوزُ إِبْقَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَلَفُ . فَإِنْ تَرَكَهُ حَتَّى
 تَلَفَ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَرِطٌ فِي حِفْظِهِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُ ، كَالْوَدِيعَةِ . فَإِنْ أَكَلَهُ
 ثَبَتَتْ الْقِيَمَةُ فِي ذِمَّتِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي لُقْطَةِ الْغَنَمِ . وَإِنْ بَاعَهُ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ ، جَازَ .
 وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَلَهُ أَنْ يَتَوَلَّى بَيْعَهُ بِنَفْسِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ^(٢١) لَهُ يَبِيعُ
 الْيَسِيرَ ، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا دَفَعَهُ إِلَى السُّلْطَانِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : مِنْ غَيْرِ .

(٢١) سَقَطَ مِنْ : م .

إِلَّا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ ، جَازَ الْبَيْعُ بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَالُ ضَرُورَةٍ ، فَأَمَّا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى اسْتِثْنَائِهِ ، فَلَا يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مَعْصُومٌ ، لَا وَلَايَةَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَجُزْ لِغَيْرِ الْحَاكِمِ بَيْعُهُ ، كَغَيْرِ اللَّقْطَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَالٌ أُبِيحَ لِلْمُلْتَقِطِ أَكْلَهُ ، فَأُبِيحَ لَهُ بَيْعُهُ ، كَمَا لَهُ ، وَلِأَنَّهُ مَالٌ أُبِيحَ لَهُ بَيْعُهُ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ الْحَاكِمِ ، فَجَازَ عِنْدَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ مَتَى أَرَادَ أَكْلَهُ أَوْ بَيْعَهُ ، حَفِظَ صِفَاتِهِ ، ثُمَّ عَرَفَهُ عَامًّا ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهُ ، فَإِنْ كَانَ قَدْ بَاعَهُ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ ، دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ أَكَلَهُ أَوْ أَكَلَ ثَمَنَهُ ، غَرِمَهُ لَهُ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ أَكَلَهُ . وَإِنْ تَلَفَ الثَّمَنُ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ قَبْلَ تَمْلُكِهِ ، أَوْ نَقَصَ أَوْ تَلَفَتْ الْعَيْنُ ، أَوْ نَقَصَتْ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطِهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُلتَقِطِ . وَإِنْ تَلَفَتْ ^(٢٢) أَوْ نَقَصَتْ ^(٢٢) أَوْ نَقَصَ الثَّمَنُ لِتَفْرِيطِهِ ، فَعَلَى الْمُلتَقِطِ ضَمَانُهُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ تَلَفَ الثَّمَنُ بَعْدَ تَمْلُكِهِ ، أَوْ نَقَصَ ، ضَمِنَهُ . / التَّوَعِ الثَّانِي ، مَا يُمَكِّنُ بِقَاوُهُ ^(٢٣) بِالْعِلَاجِ ، كَالْعَنْبِ وَالرُّطَبِ ، فَيَنْظُرُ فِيهِمَا ^(٢٤) فِيهِ الْحَظُّ لِصَاحِبِهِ ، فَإِنْ كَانَ فِي التَّجْفِيفِ جَفْفَهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ غَيْرُهُ ، فَلَزِمَهُ مَا فِيهِ الْحَظُّ لِصَاحِبِهِ ، كَوَلِيِّ الْيَتِيمِ ، وَإِنْ احتَاجَ فِي التَّجْفِيفِ إِلَى غَرَامَةٍ ، بَاعَ بَعْضَهُ فِي ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ الْحَظُّ فِي بَيْعِهِ ، بَاعَهُ ، وَحَفِظَ ثَمَنَهُ ، كَالطَّعَامِ وَالرُّطَبِ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ بَيْعُهُ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ تَجْفِيفَهُ ، نَعِنَ أَكْلَهُ ، كَالْبَطِيخِ . وَإِنْ كَانَ أَكْلُهُ أَتْفَعَ لِصَاحِبِهِ ، فَلَهُ أَكْلُهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْحَظَّ فِيهِ . وَيَقْتَضِي قَوْلُ أَصْحَابِنَا : إِنَّ الْعُرُوضَ لَا تُثْمَلُكَ بِالتَّعْرِيفِ . أَنَّ هَذَا كُلَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَكْلُهُ ، لَكِنْ يَتَحَيَّرُ ^(٢٥) بَيْنَ الصَّدَقَةِ بِهِ وَبَيْنَ بَيْعِهِ . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ يَجِدُ فِي مَنْزِلِهِ طَعَامًا لَا يَعْرِفُهُ : يَعْرِفُهُ مَا لَمْ يَحْشَ فَسَادَهُ ، فَإِنْ خَشِيَ فَسَادَهُ ، تَصَدَّقَ بِهِ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ غَرِمَهُ . وَكَذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ . وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، فِي لُقْطَةٍ مَا لَا يَبْقَى سَنَةً : يَتَصَدَّقُ بِهِ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : يَبِيعُهُ ، وَيَتَصَدَّقُ بِثَمَنِهِ . وَلَنَا ، عَلَى جَوَازِ أَكْلِهِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ

(٢٢) - (٢٢) سقط من : م .

(٢٣) ف : م : إِبْقَاؤُهُ .

(٢٤) ف : م : مَا .

(٢٥) ف : م : يَحْجِرُ .

فِي ضَالَّةِ الْعَنَمِ : « خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ ، أَوْ لِأَخِيكَ ، أَوْ لِلذَّئِبِ » . وَهَذَا تَجْوِيزٌ
لِلْأَكْلِ ، فَإِذَا جَازَ فِيهَا هُوَ مَحْفُوظٌ بِنَفْسِهِ ، فَمَا يَفْسُدُ بِبَقَائِهِ أَوَّلَى .

٩٤٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَتَعَرَّضُ لِبَعِيرٍ ، وَلَا لِمَا فِيهِ قُوَّةٌ يَمْنَعُ عَنْ نَفْسِهِ)

وجملة ذلك أَنَّ كُلَّ حَيَوَانٍ يَقْوَى عَلَى الْامْتِنَاعِ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ، وَوُرُودِ الْمَاءِ ،
لَا يَجُوزُ التِّقَاطُ ، وَلَا التَّعَرُّضُ لَهُ ، سَوَاءٌ كَانَ لِكَبِيرٍ جُثَّتِهِ ، كَالْإِبِلِ ، وَالْخَيْلِ ، وَالْبَقَرِ ،
أَوْ لِطَيْرَانِهِ كَالطُّيُورِ كُلِّهَا ، أَوْ لِسُرْعَتِهِ ، كَالطَّبَّاءِ وَالصَّيُودِ ، أَوْ بِنَائِهِ كَالْكِلَابِ
وَالْفُهُودِ . قَالَ عَمْرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَنْ أَخَذَ ضَالَّةً ، فَهُوَ ضَالٌّ . أَيْ مُخْطِئٌ . وَبِهَذَا
قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، فِي ضَالَّةِ الْإِبِلِ : مَنْ
وَجَدَهَا فِي الْقَرْيِ عَرَفَهَا ، وَمَنْ وَجَدَهَا فِي الصَّحْرَاءِ لَا يَقْرُبُهَا . وَرَوَاهُ الْمُزْنِيُّ عَنْ
الشَّافِعِيِّ . وَكَانَ الزُّهْرِيُّ يَقُولُ : مَنْ وَجَدَ بَدَنَةً فَلْيُعْرِفْهَا ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَاحِبَهَا
فَلْيَنْحَرْهَا قَبْلَ أَنْ تَنْقَضِيَ الْأَيَّامُ الثَّلَاثَةُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : « هِيَ لُقْطَةٌ ^(١) يُبَاحُ
التِّقَاطُهَا ؛ لِأَنَّهَا لُقْطَةٌ أَشْبَهَتْ الْعَنَمَ . وَلَنَا ، قَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَمَّا سُئِلَ عَنْهَا :
« مَالِكٌ وَلَهَا ؟ مَعَهَا حِذَاؤُهَا وَسِقَاؤُهَا ، تَرُدُّ الْمَاءَ ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ ، حَتَّى يَجِدَهَا
رَبُّهَا » ^(٢) . وَسُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا نُصِيبُ هَوَامِيَ الْإِبِلِ .
قَالَ : « ضَالَّةُ الْمُسْلِمِ حَرَقُ النَّارِ » ^(٣) . وَرَوَى عَنْ جَرِيرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ أَمَرَ بِطَرْدِ
بَقَرَةٍ لَحِقَتْ بِبَقَرِهِ / حَتَّى تَوَارَتْ ، وَقَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « لَا
يُؤْوَى ^(٤) الضَّالَّةُ إِلَّا ضَالٌّ » رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِمَعْنَاهُ ^(٥) . وَقِيَّاسُهُمْ يُعَارِضُ صَرِيحَ النَّصِّ ،

(١ - ١) في م : « في لفظ » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٠٧ .

(٤) في الأصل : « يأوى » .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٣١٥ .

وكيف يجوز ترك نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر ! على أن الإبل تفارق الغنم ، لِضَعْفِهَا ، وَقِلَّةِ صَبْرِهَا عَنِ الْمَاءِ .

فصل : فإن كانت الصيودُ مُسْتَوْحِشَةً ، إِذَا تَرَكْتَ رَجَعَتْ إِلَى الصَّخَرَاءِ ، وَعَجَزَ عَنْهَا صَاحِبُهَا ، جَازَ التِّقَاطُهَا ؛ لِأَنَّ تَرْكَهَا أَضْيَعُ لَهَا مِنْ سَائِرِ الْأَمْوَالِ ، وَالْمَقْصُودُ حِفْظُهَا لِصَاحِبِهَا ، لَا حِفْظُهَا فِي نَفْسِهَا ، وَلَوْ كَانَ الْمَقْصُودُ حِفْظُهَا فِي أَنْفُسِهَا لَمَا جَازَ التِّقَاطُ الْأَثْمَانِ ، فَإِنَّ الدِّينَارَ دِينَارٌ حَيْثُمَا كَانَ .

فصل : والبقرة كالإبل . نص عليه أحمد . وهو قول الشافعي ، وأبي عبيد . وحكى عن مالك أن البقرة كالشاة . ولنا ، خبر جرير فإنه طرد البقرة ولم يأخذها ، ولأنها تَمْتَنِعُ عَنْ صِغَارِ السَّباعِ ، وَتُجْزَى فِي الْأَضْحِيَّةِ وَالْهَذْيِ عَنْ سَبْعَةٍ ، فَأُشْبِهَتْ الْإِبِلُ . وكذا الحُكْمُ فِي الْحَيْلِ وَالْبِغَالِ . فَأَمَّا الْحُمْرُ ، فَجَعَلَهَا أَصْحَابُنَا مِنْ هَذَا الْقِسْمِ الَّذِي لَا يَجُوزُ التِّقَاطُ ؛ لِأَنَّ لَهَا أَجْسَامًا كَبِيرَةً ^(٦) عَظِيمَةً ، فَأُشْبِهَتْ الْبِغَالُ وَالْحَيْلُ ، وَلَئِنْهَا مِنَ الدَّوَابِّ ، فَأُشْبِهَتْ الْبِغَالُ . وَالْأُولَى إلحاقها بالشاة ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلَّلَ الْإِبِلَ بِأَنَّ مَعَهَا حِذَاءً وَاسِقَاءً . يُرِيدُ شِدَّةَ صَبْرِهَا عَنِ الْمَاءِ ؛ لِكَثْرَةِ مَا تُوعَى فِي بَطُونِهَا مِنْهُ ، وَقُوَّتِهَا عَلَى وُزْرِهِ ، وَفِي إِبَاحَةِ ضَالَّةِ الْغَنَمِ بِأَنَّهَا مُعْرَضَةٌ لِأَخْذِ الذُّبِّ إِيَّاهَا ، بِقَوْلِهِ : « هِيَ لَكَ ، أَوْ لِأَخِيكَ ، أَوْ لِلذُّبِّ » ^(٧) . وَالْحُمْرُ مُسَاوِيَةٌ لِلشَّاةِ فِي عِلَّتِهَا ، فَإِنَّهَا لَا تَمْتَنِعُ مِنَ الذُّبِّ ، وَمُفَارَقَةُ الْإِبِلِ فِي عِلَّتِهَا ، فَإِنَّهَا لَا صَبْرَ لَهَا عَنِ الْمَاءِ ، وَلِهَذَا يُضْرَبُ الْمَثَلُ بِقِلَّةِ صَبْرِهَا عَنْهُ ، فَيَقَالُ : مَا بَقِيَ مِنْ مُدَّتِهِ ^(٨) إِلَّا ظِمٌّ ^(٩) حِمَارٍ . وَإِلْحَاقُ الشَّيْءِ بِمَا سَاوَاهُ فِي عِلَّةِ الْحُكْمِ وَفَارَقَهُ فِي الصُّورَةِ ، أُولَى مِنْ إِلْحَاقِهِ بِمَا قَارَبَهُ فِي الصُّورَةِ وَفَارَقَهُ فِي الْعِلَّةِ . فَأَمَّا غَيْرُ الْحَيَوَانِ ، فَمَا كَانَ مِنْهُ يَتَخَفِظُ بِنَفْسِهِ ، كَأَخْجَارٍ

(٦) سقط من : م .

(٧) تقدم تحريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٨) في م : ملتها .

(٩) الظم : ما بين الشربتين .

الطَّوَّاجِينِ ، والكَبِيرِ مِنَ الْحَشَبِ ، وَقُدُورِ النَّحَاسِ ، فَهُوَ كَالْإِبِلِ فِي تَحْرِيمِ أَخْذِهِ ، بَلْ أَوْلَى مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْإِبِلَ تَتَعَرَّضُ فِي الْجُمْلَةِ لِلتَّلَفِ ، إِمَّا بِالْأَسَدِ ، وَإِمَّا بِالْجُوعِ أَوْ الْعَطَشِ^(١٠) ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَهَذِهِ بِخِلَافِ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ لَا تُكَادُ تُضَيِّعُ عَنْ صَاحِبِهَا وَلَا تَبْرَحُ مِنْ مَكَانِهَا بِخِلَافِ الْحَيَوَانِ ، فَإِذَا حُرِّمَ أَخْذُ الْحَيَوَانِ ، فَهَذِهِ أَوْلَى .

فصل : فَإِنْ أَخَذَ هَذَا الْحَيَوَانُ الَّذِي لَا يَجُوزُ أَخْذُهُ عَلَى سَبِيلِ الْإِتْقَاطِ ، ضَمَنَهُ ، إِمَّا مَا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ / أَخَذَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَلَا إِذْنَ الشَّارِعِ لَهُ ، فَهُوَ كَالْغَاصِبِ . فَإِنْ رَدَّهُ إِلَى مُوَضِعِهِ ، لَمْ يَتَرَأَّ مِنَ الضَّمَانِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَتَرَأَّ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : أَرْسَلَهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي أَصَبَتْهُ فِيهِ . وَجَرِيرٌ طَرَدَ الْبَقْرَةَ الَّتِي لِحَقَّتْ بِبَقَرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا لَزِمَهُ ضَمَانُهُ لَا يَزُولُ عَنْهُ^(١١) ، إِلَّا بِرَدِّهِ إِلَى صَاحِبِهِ أَوْ نَائِبِهِ ، كَالْمَسْرُوقِ وَالْمَغْصُوبِ . وَأَمَّا حَدِيثُ جَرِيرٍ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ الْبَقْرَةَ ، وَلَا أَخَذَهَا رَاعِيَهُ ، إِنَّمَا لِحَقَّتْ بِالْبَقَرِ ، فَطَرَدَهَا عَنْهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ دَخَلَتْ دَارَهُ فَأَخْرَجَهَا . فَعَلِيَ هَذَا ، مَتَى لَمْ يَأْخُذْهَا بِحَيْثُ ثَبَتَتْ يَدُهُ عَلَيْهَا ، لَا يَلْزَمُهُ ضَمَانُهَا ،^(١٢) سِوَاءَ طَرَدَهَا أَوْ لَمْ يَطْرُدْهَا . وَإِنْ أَخَذَهَا فَلَزِمَهُ^(١٣) ضَمَانُهَا^(١٤) ، فَدَفَعَهَا إِلَى الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ ، زَالَ عَنْهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ لَهُ نَظْرًا فِي ضَوَالِ النَّاسِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ لَهُ أَخْذَهَا ، فَكَانَ نَائِبًا عَنْ أَصْحَابِهَا فِيهَا .

فصل : وَلِلْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ أَخْذُ الضَّالَّةِ عَلَى وَجْهِ الْحِفْظِ لِصَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، حَمَى مَوْضِعًا يُقَالُ لَهُ^(١٥) التَّقْيِيعُ لِحَيْلِ الْمُجَاهِدِينَ وَالضُّوَالِ^(١٦) ، وَلِأَنَّ لِلْإِمَامِ نَظْرًا فِي حِفْظِ مَالِ الْغَائِبِ ، وَفِي أَخْذِ هَذِهِ حِفْظٌ لَهَا عَنْ الْهَلَاكِ . وَلَا يَلْزَمُهُ

(١٠) ق م : ٥ : والعطش .

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٣) ق م : ٥ : قلزمه . ولعل الصواب ما أثبتناه .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) انظر ما تقدم في صفحة ١٦٦ .

تَعْرِيفُهَا ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لَمْ يَكُنْ يُعْرِفُ الضَّوْأَلَ . وَلِأَنَّهُ إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ ، فَمَنْ كَانَتْ لَهُ ضَالَّةٌ فَإِنَّهُ يَجِيءُ إِلَى مَوْضِعِ^(١٦) الضَّوْأَلَ ، فَإِذَا عُرِفَ ضَالَّتُهُ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهَا وَأَخَذَهَا ، وَلَا يَكْتَفِي فِيهَا بِالصَّفَةِ ؛ لِأَنَّهَا ظَاهِرَةٌ بَيْنَ النَّاسِ ، فَيَعْرِفُ صِفَاتِهَا مَنْ رَأَاهَا مِنْ غَيْرِ أَهْلِهَا ، فَلَا تَكُونُ الصَّفَةُ لَهَا دَلِيلًا عَلَى مِلْكِهِ لَهَا . وَلِأَنَّ الضَّالَّةَ قَدْ كَانَتْ ظَاهِرَةً بَيْنَ النَّاسِ حِينَ كَانَتْ فِي يَدِ مَالِكِهَا ، فَلَا يَخْتَصُّهُ هُوَ بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا دُونَ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ دَلِيلًا ، وَيُمْكِنُهُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهَا لِظُهُورِهَا لِلنَّاسِ ، وَمَعْرِفَةِ خُلُطَائِهِ وَجِيرَانِهِ بِمِلْكِهِ إِيَّاهَا .

فصل : وَإِنْ أَخَذَهَا غَيْرُ الْإِمَامِ أَوْ نَائِبُهُ لِيَحْفَظَهَا لِصَاحِبِهَا ، لَمْ يَجُزْ لَهُ ذَلِكَ ، وَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا وَلايَةَ لَهُ عَلَى صَاحِبِهَا . وَهَذَا ظَاهِرٌ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَأَصْحَابِهِ وَجَّهٌ ، أَنَّ لَهُ أَخَذَهَا لِحِفْظِهَا ، قِيَاسًا عَلَى الْإِمَامِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَنَعَ أَخْذَهَا مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ بَيْنَ قَاصِدِ الْحِفْظِ وَقَاصِدِ الْإِتْقَاطِ ، وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى الْإِمَامِ ؛ لِأَنَّ لَهُ وَلايَةَ ، وَهَذَا لَا وَلايَةَ لَهُ . وَإِنْ وَجَدَهَا فِي مَوْضِعٍ يَخَافُ عَلَيْهَا بِهِ ، مِثْلَ أَنْ يَجِدَهَا بِأَرْضِ مَسْبُوعَةٍ ، يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّ الْأَسَدَ يَفْتَرِسُهَا إِنْ تَرَكْتُهَا بِهِ ، أَوْ قَرِيبًا^(١٧) مِنْ دَارِ الْحَرْبِ ، يَخَافُ عَلَيْهَا مِنْ أَهْلِهَا ، أَوْ بِمَوْضِعٍ يَسْتَحِلُّ أَهْلُهُ أَمْوَالَهُ قَرِيبًا^(١٧) مِنْ دَارِ الْحَرْبِ ، يَخَافُ عَلَيْهَا مِنْ أَهْلِهَا ، أَوْ بِمَوْضِعٍ يَسْتَحِلُّ أَهْلُهُ أَمْوَالَهُ الْمُسْلِمِينَ ، كَوَادِي التَّيْمِ ، أَوْ فِي بَرِّيَّةٍ لَا مَاءَ بِهَا / وَلَا مَرْعَى ، فَلِأُولَى جَوَازُ أَخْذِهَا لِلْحِفْظِ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى آخِذِهَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِتْقَادًا مِنْ الْهَلَاكِ ، فَأَشْبَهَ تَحْلِيلِهَا مِنْ غَرَقٍ أَوْ حَرِّقٍ . فَإِذَا حَصَلَتْ فِي يَدِهِ ، سَلَّمَهَا إِلَى نَائِبِ الْإِمَامِ ، وَبَرِيءٌ مِنْ ضَمَانِهَا ، وَلَا يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرِدْ بِذَلِكَ فِيهَا .

ظ ٢٠٢/٥

فصل : وَمَا يَحْصُلُ عِنْدَ الْإِمَامِ مِنَ الضَّوْأَلَ ، فَإِنَّهُ يُشْهَدُ عَلَيْهَا ، وَيَسْمِيهَا بِأَنَّهَا ضَالَّةٌ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ لَهُ جَمْعٌ تَرَعَى فِيهِ ، تَرَكَهَا فِيهِ إِنْ رَأَى ذَلِكَ ، وَإِنْ رَأَى الْمَصْلَحَةَ

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « مَوَاضِع » .

(١٧) فِي م : « فَرَسًا » تَحْرِيفٌ .

فِي يَمِينِهَا^(١٨) وَحَفِظَتْ ثَمَنَهَا^(١٨) ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حِمَى ، بَاعَهَا بَعْدَ أَنْ يَحْلِيَهَا ، وَيَحْفَظُ صِفَاتِهَا ، وَيَحْفَظُ ثَمَنَهَا لِصَاحِبِهَا ، فَإِنَّ ذَلِكَ أَحْفَظُ لَهَا ؛ لِأَنَّ تَرْكَهَا يُفْضِي إِلَى أَنْ تَأْكُلَ جَمِيعَ ثَمَنِهَا .

فصل : وَمَنْ تَرَكَ ذَابَّةً بِمَهْلَكَةٍ ، فَأَخَذَهَا إِنْسَانٌ ، فَأَطْعَمَهَا وَسَقَاهَا وَخَلَصَهَا ، مَلَكَهَا . وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَاسْبِحَاقُ . إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَرَكَهَا لِيَرْجِعَ إِلَيْهَا ، أَوْ ضَلَّتْ مِنْهُ . وَقَالَ مَالِكٌ : هِيَ لِمَالِكِهَا الْأَوَّلِ ، وَيَعْرَمُ مَا أَتَّفَقَ عَلَيْهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : هِيَ لِمَالِكِهَا ، وَالْآخَرُ مُتَبَرِّعٌ بِالتَّفَقُّعِ ، لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ غَيْرُهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ بَغَيْرِ عَوَضٍ مِنْ غَيْرِ رِضَاةٍ ،^(١٨) كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي غَيْرِ مَهْلَكَةٍ ، وَلَا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ أَتَّفَقَ عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ بَغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ، كَمَا لَوْ بَنَى دَارَهُ^(١٨) . وَلَنَا ، مَارُوى الشَّعْبِيُّ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ وَجَدَ ذَابَّةً قَدْ عَجَزَ عَنْهَا أَهْلُهَا ، فَسَيِّبُوهَا ، فَأَخَذَهَا ، فَأَحْيَاها ، فَهِيَ لَهُ » . قَالَ^(١٩) عَبْدُ اللَّهِ بْنُ حُمَيْدٍ ابْنُ^(١٩) عَبْدِ الرَّحْمَنِ : فَقُلْتُ - يَعْنِي لِلشَّعْبِيِّ - : مَنْ حَدَّثَكَ بِهَذَا ؟ قَالَ : غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِإِسْنَادِهِ^(٢٠) . وَفِي لَفْظٍ عَنِ الشَّعْبِيِّ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ تَرَكَ ذَابَّةً بِمَهْلَكَةٍ ، فَأَحْيَاها رَجُلٌ ، فَهِيَ لِمَنْ أَحْيَاها » . وَلَآنَ فِي الْحُكْمِ بِمِلْكِهَا إِحْيَاءُهَا وَإِنْقَاذُهَا مِنَ الْهَلَاكِ ، وَحِفْظُهَا لِلْمَالِ عَنِ الضَّيَاعِ ، وَمُحَافَظَةُ عَلَى حُرْمَةِ الْحَيَوَانِ ، وَفِي الْقَوْلِ بِأَنَّهَا لَا تُمْلِكُ تَضْيِيعَ لَذَلِكَ كُلِّهِ ، مِنْ غَيْرِ مَصْلَحَةٍ تَحْصُلُ ، وَلِأَنَّهُ يُبْذَرُ رَغْبَةً عَنْهُ وَعَجْزًا عَنْ أَخْذِهِ ،

(١٨ - ١٨) سقط من : الأصل .

(١٩ - ١٩) سقط من : م ، وفي الأصل ، ١ : « عبد بن حميد بن » . والمثبت في سنن أبي داود . وانظر : تهذيب ٩/٧ .

(٢٠) في : باب في من أحيا حسيروا ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٨/٢ . كما أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يجد ضالة يريد ردها ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٩٨/٦ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٦٨/٣ .

(٢١) فَمَلَكَهُ آخِذَهُ (٢١) ، كَالسَّاقِطِ مِنَ السَّنْبِيلِ ، وَسَائِرُ مَا يَنْبِذُهُ النَّاسُ رَغْبَةً عَنْهُ .

فصل : وَإِنْ تَرَكَ مَتَاعًا ، فَخَلَّصَهُ إِنْسَانًا ، لَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ ، وَلَا يُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ ، كَالْحَشْيَةِ عَلَى الْحَيَوَانِ ، فَإِنَّ الْحَيَوَانَ يَمُوتُ إِذَا لَمْ يُطْعَمْ وَيُسْقَى ، وَتَأْكُلُهُ السَّبَاعُ ، وَالْمَتَاعُ يَبْقَى حَتَّى يَرْجِعَ إِلَيْهِ صَاحِبُهُ . وَإِنْ كَانَ الْمَتْرُوكُ عَبْدًا ، لَمْ يَمْلِكْ بِأَخِذِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ فِي الْعَادَةِ يُمَكِّنُهُ التَّخَلُّصُ إِلَى الْأَمَاكِينِ الَّتِي يَعِيشُ فِيهَا ، بِخِلَافِ الْبَهِيمَةِ . وَلَهُ اخْتِذَ الْعَبْدُ وَالْمَتَاعُ لِيُخَلَّصَهُ لِصَاحِبِهِ ، وَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ فِي تَخْلِيصِ الْمَتَاعِ . نَصَّ عَلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ فِي الْعَبْدِ عَلَى قِيَاسِهِ . قَالَ الْقَاضِي : يَجِبُ أَنْ يُحْمَلَ قَوْلُهُ فِي وُجُوبِ الْأَجْرِ ، عَلَى أَنَّهُ جَعَلَ / لَهُ ذَلِكَ أَوْ أَمَرَهُ (٢٢) بِهِ ، فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَجْعَلْ لَهُ شَيْئًا ، فَلَا جُعْلَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَلَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا ، كَالْمُلْتَقِطِ . وَهَذَا خِلَافُ ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ جَعَلَ لَهُ جُعْلًا لَأَسْتَحَقَّهُ ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ أَجْرَ الْمِثْلِ ، وَيُقَارَقُ هَذَا الْمُلْتَقِطُ ، فَإِنَّ الْمُلْتَقِطَ لَمْ يُخَلَّصِ اللَّقْطَةَ مِنَ الْهَلَاكِ ، وَلَوْ تَرَكَهَا أَمَكْنَ أَنْ يَرْجِعَ صَاحِبُهَا فَيَطْلُبَهَا فِي (٢٣) مَكَانِهَا فَيَجِدَهَا ، وَهَهُنَا إِنْ لَمْ يُخْرِجْهُ هَذَا ضَاعَ وَهَلَكَ ، وَلَمْ يَرْجِعْ إِلَيْهِ صَاحِبُهُ ، فَقَى جُعْلَ الْأَجْرِ فِيهِ حِفْظُ لِلْأَمْوَالِ مِنْ غَيْرِ مَضَرَّةٍ ، فَجَازَ ذَلِكَ ، كَالْجُعْلِ فِي الْآبِقِ ، وَلَئِنْ اللَّقْطَةَ جَعَلَ فِيهَا الشَّارِعُ مَا يَحْتَثُّ عَلَى اخْتِذِهَا ، وَهُوَ مِلْكُهَا إِنْ لَمْ يَجِءْ صَاحِبُهَا ، فَانْتَفَى بِهِ عَنِ الْأَجْرِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُشَرَعَ فِي هَذَا مَا يَحْتَثُّ عَلَى تَخْلِيصِهِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى ، وَلَيْسَ إِلَّا الْأَجْرُ . فَأَمَّا مَا أَلْفَاهُ رُكَّابُ الْبَحْرِ فِيهِ ، خَوْفًا مِنَ الْعَرَقِ ، فَلَمْ أَعْلَمْ لِأَصْحَابِنَا فِيهِ قَوْلًا ، سِوَى عُمُومِ قَوْلِهِمْ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ هَذَا مَنْ أَخَذَهُ . وَهُوَ قَوْلُ اللَّيْثِ ابْنِ سَعْدٍ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، فِي مَنْ أَخْرَجَهُ ، قَالَ : وَمَا نَضَبَ عَنْهُ الْمَاءُ فَهُوَ لِأَهْلِهِ .

(٢١) - (٢١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : وَأَمَرَهُ .

(٢٣) فِي م : مِنْ .

وقال ابن المُنْذِرِ: يُرَدُّهُ عَلَى أَصْحَابِهِ ، وَلَا جُعْلَ لَهُ . وَيَقْتَضِيهِ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَالْقَاضِي ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَمُقْتَضَى ^(٢٤) قَوْلِ الْإِمَامِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّ لِمَنْ أُنْقَذَ أَجْرٌ مِثْلُهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَوَجْهُ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْإِحْتِمَالِ أَنَّ هَذَا مَالٌ أُلْقَاهُ صَاحِبُهُ فِيمَا يَتَلَفُ بِتَرْكِهِ فِيهِ اخْتِيَارًا مِنْهُ ، فَمَلَكَهُ مَنْ أَخَذَهُ ، كَالَّذِي الْقُوَّةُ رَغْبَةً عَنْهُ ، وَلَئِنْ فِيمَا ذَكَرُوهُ تَحْقِيقًا لِإِتْلَافِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَمَا بَشَّرْتَهُ بِالْإِتْلَافِ . فَأَمَّا إِنْ انْكَسَرَتِ السَّفِينَةُ ، فَأُخْرِجَهُ قَوْمٌ ، فَقَالَ مَالِكٌ : يَا أَخْذُ أَصْحَابِ الْمَتَاعِ مَتَاعَهُمْ ، وَلَا شَيْءَ لِلَّذِي أَصَابُوهُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ ، وَالْقَاضِي . وَعَلَى قِيَاسِ نَصِّ أَحْمَدَ يَكُونُ لِمُسْتَخْرِجِهِ هَهُنَا ^(٢٥) أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ وَسِيلَةٌ إِلَى تَحْلِيصِهِ ، وَحِفْظُهُ لِصَاحِبِهِ ، وَصِيَاتُهُ عَنِ الْغَرَقِ ، فَإِنَّ الْعَوَاصِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ يُدْفَعُ إِلَيْهِ الْأَجْرُ ، بَادَرَ إِلَى التَّخْلِيصِ لِيُخَلِّصَهُ ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، لَمْ يُخَاطِرْ بِنَفْسِهِ فِي اسْتِخْرَاجِهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقْضَى لَهُ بِالْأَجْرِ ، كَجُعْلٍ رَدَّ الْآبِقِ .

فصل : ذَكَرَ الْقَاضِي فِيمَا إِذَا التَّقَطَّ عَبْدًا صَغِيرًا ، أَوْ جَارِيَةً ، أَنَّ قِيَاسَ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بِالْتَّعْرِيفِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَمْلِكُ الْعَبْدُ دُونَ الْجَارِيَةِ ، لِأَنَّ التَّمْلُكَ بِالْتَّعْرِيفِ عِنْدَهُ اقْتِرَاضٌ ، وَالْجَارِيَةُ عِنْدَهُ لَا تَمْلِكُ بِالْقَرَضِ . / وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فِيهَا نَظَرٌ ؛ ٢٠٣/٥ ظ
فَإِنَّ اللَّقِيطَ مُحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ ، فَأَقْرَبُ بَأَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّ الطِّفْلَ لَا قَوْلَ لَهُ ، وَلَوْ اُعْتَبِرَ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ ، لَاعْتَبِرَ فِي تَعْرِيفِهِ سَيِّدَهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٢٤) فِي الْأَصْلِ : ٥ وَيَقْتَضِي ٤ .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ : م .

كتاب اللَّقِيطِ

وهو الطفلُ المَنبُودُ . واللَّقِيطُ بِمَعْنَى الْمَلْقُوطِ ، فَعِيلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ ، كَقَوْلِهِمْ : قَتِيلٌ وَجَرِيحٌ وَطَرِيحٌ . وَالتَّقَاطُ وَاجِبٌ ؛ لقولِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ ^(١) . وَلأنَّ فِيهِ إِحْيَاءَ نَفْسِهِ ، فَكَانَ وَاجِبًا ، كإِطْعَامِهِ إِذَا اضْطُرَّ ، وَإِنجَائِهِ مِنَ الْعَرَقِ . وَوُجُوبُهُ عَلَى الْكِفَايَةِ ، إِذَا قَامَ بِهِ وَاحِدٌ سَقَطَ عَنِ الْبَاقِينَ ، فَإِنْ تَرَكَهُ الْجَمَاعَةُ ، أَثِمُوا كُلُّهُمْ ، إِذَا عَلِمُوا فَرَّكُوهُ مَعَ إِمْكَانِ أَخْذِهِ . وَرَوَى عَنْ سُنَيْنِ أَبِي جَمِيلَةَ ، قَالَ : وَجَدْتُ مَلْفُوفًا ^(٢) ، فَأَثَيْتُ بِهِ عَمْرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَالَ عَرِيفِي : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ . فَقَالَ عَمْرٌ : أَكْذَلِكْ هُوَ ؟ قَالَ : نَعَمْ . قَالَ فَادْهَبْ فَهُوَ خُرٌّ ، وَلَكَ وَلَاؤُهُ ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ . رَوَاهُ سَعِيدٌ ^(٣) ، عَنْ سُفْيَانَ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، سَمِعَ سُنَيْنًا أَبَا جَمِيلَةَ بِهَذَا ، وَقَالَ : عَلَيْنَا رِضَاعُهُ .

٩٥٠ - مسألة ؛ قال : (واللَّقِيطُ خُرٌّ)

وجملة ذلك أن اللَّقِيطَ خُرٌّ ، في قولِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا النَّحْوِيَّ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَوَامُ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ اللَّقِيطَ ^(١) خُرٌّ . رَوَى هَذَا الْقَوْلَ عَنْ عَمْرٍ وَعَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَبِهِ قَالَ عَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالشَّعْبِيُّ وَالْحَكَمُ ، وَحَمَّادٌ ، وَمَالِكٌ ،

(١) سورة المائدة ٢ .

(٢) في الأصل : « ملقوطا » .

(٣) وأخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في المنبذ ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٣٨ . والبيهقي ، في : باب التقاط المنبذ ... ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/٢٠١ ، ٢٠٢ .

(١) في الأصل : « الملتقط » .

والتَّوَرَى والشَّافِعِيَّ ، وإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَمَنْ تَبِعَهُمْ . وَقَالَ النَّحْيِيُّ :
 إِنَّ النَّقْطَةَ لِلْحَسَنِ (٢) ، فَهُوَ خَرُّ ، وَإِنْ كَانَ أَرَادَ أَنْ يَسْتَرْقَهُ ، فَذَلِكَ لَهُ . وَذَلِكَ قَوْلُ
 شَدِّ فِيهِ عَنِ الْخُلَفَاءِ وَالْعُلَمَاءِ ، وَلَا يَصِحُّ فِي النَّظَرِ ؛ فَإِنَّ الْأَصْلَ فِي الْآدَمِيِّينَ الْحُرِّيَّةَ ،
 فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى خَلَقَ آدَمَ وَذُرِّيَّتَهُ أَحْرَارًا ، وَإِنَّمَا الرُّقُّ لِعَارِضٍ ، فَإِذَا لَمْ يُعْلَمْ ذَلِكَ
 الْعَارِضُ ، فَلَهُ حُكْمُ الْأَصْلِ .

فصل : وَلَا يَخْلُو اللَّقِيطُ مَنْ أَنْ يُوجَدَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، أَوْ فِي دَارِ الْكُفْرِ ، فَأَمَّا دَارُ
 الْإِسْلَامِ فَضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، دَارُ اخْتِطَاطِ الْمُسْلِمِينَ ، كَبَغْدَادَ وَالْبَصْرَةَ وَالْكُوفَةَ ،
 فَلَقِيطُ هَذِهِ مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ تَغْلِيْبًا لِلْإِسْلَامِ وَلِظَاهِرِ الدَّارِ ،
 وَلِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَغْلُو وَلَا يَغْلَى عَلَيْهِ . الثَّانِي ، دَارُ فَتَحِهَا الْمُسْلِمُونَ ، كَمَدَائِنِ الشَّامِ ،
 فَهَذِهِ إِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ وَاحِدٌ حُكِمَ بِإِسْلَامِ لَقِيطِهَا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ
 الْمُسْلِمُ ، تَغْلِيْبًا لِلْإِسْلَامِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مُسْلِمٌ ، بَلْ كُلُّ أَهْلِهَا ذِمَّةٌ حُكِمَ بِكُفْرِهِ ؛
 لِأَنَّ تَغْلِيْبَ حُكْمِ الْإِسْلَامِ / إِنَّمَا يَكُونُ مَعَ الْاِحْتِمَالِ . وَأَمَّا بَلَدُ الْكُفَرِ فَضَرْبَانِ أَيْضًا ؛
 أَحَدُهُمَا ، بَلَدٌ كَانَ لِلْمُسْلِمِينَ ، فَغَلَبَ الْكُفَرُ عَلَيْهِ ، كَالسَّاحِلِ ، فَهَذَا كَالْقِسْمِ الَّذِي
 قَبْلَهُ ، إِنْ كَانَ فِيهِ (٣) مُسْلِمٌ وَاحِدٌ حُكِمَ بِإِسْلَامِ لَقِيطِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ (٣) مُسْلِمٌ فَهُوَ
 كَافِرٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ مُؤْمِنٌ يَكْتُمُ
 إِيْمَانَهُ ، بِخِلَافِ الَّذِي قَبْلَهُ ، فَإِنَّهُ لَا حَاجَةَ بِهِ إِلَى كَتْمِ إِيْمَانِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . وَإِنْ
 كَانَ فِي (٤) بَلَدٍ كَانَ لِلْمُسْلِمِينَ ، ثُمَّ غَلَبَ عَلَيْهِ الْمُشْرِكُونَ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ ، وَأَقْرَبُوا
 فِيهِ أَهْلَهُ بِالْجَزِيَّةِ ، فَهَذَا كَالْقِسْمِ الثَّانِي مِنْ دَارِ الْإِسْلَامِ . الثَّانِي ، دَارٌ لَمْ تَكُنْ لِلْمُسْلِمِينَ
 أَصْلًا ، كِبِلَادِ الْهِنْدِ وَالرُّومِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مُسْلِمٌ ، فَلَقِيطُهَا كَافِرٌ ؛ لِأَنَّ الدَّارَ لَهُمْ
 وَأَهْلُهَا مِنْهُمْ ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمُونَ كَالْتَجَارِ وَغَيْرِهِمْ ، اخْتَمَلَ أَنْ

(٢) فِي الْأَصْلِ : « لِلْحَسَنِ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِمْ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ ، تَغْلِيلاً لِلإِسْلَامِ ، وَاحْتِمَالُ أَنْ يُحْكَمَ بِكُفْرِهِ ، تَغْلِيلاً لِلدَّارِ وَالْآخِرِ .
 وَهَذَا التَّفْصِيلُ كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّ : أَجْمَعَ عَوَامُّ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى
 أَنَّ الطِّفْلَ إِذَا وُجِدَ فِي بِلَادِ الْمُسْلِمِينَ ، مَيْتًا فِي أَىِّ مَكَانٍ وَجِدَ ، أَنْ تُغْسَلَ وَتُدْفَنَ فِي مَقَابِرِ
 الْمُسْلِمِينَ يَجِبُ ، وَقَدْ مَنَعُوا أَنْ يُدْفَنَ أَطْفَالُ الْمُشْرِكِينَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ . قَالَ : وَإِذَا
 وَجِدَ لَقِيطٌ فِي قَرْيَةٍ لَيْسَ فِيهَا إِلَّا مُشْرِكٌ ، فَهُوَ عَلَى ظَاهِرٍ مَا حَكَمُوا بِهِ أَنَّهُ كَافِرٌ . هَذَا
 قَوْلُ أَصْحَابِ^(٥) الشَّافِعِيِّ وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ .

فصل : وَفِي الْمَوْضِعِ الَّذِي حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ ، إِنَّمَا يَثْبُتُ ذَلِكَ ظَاهِرًا لَا يَقِينًا ؛ لِأَنَّهُ
 يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ وَلَدٌ كَافِرٌ ، فَلَوْ أَقَامَ كَافِرٌ بَيِّنَةً أَنَّهُ وَلَدُهُ وَلَدَ عَلَى فِرَاشِهِ ، حَكَمْنَا لَهُ بِهِ .
 وَإِذَا بَلَغَ اللَّقِيطُ حَدًّا يَصِحُّ فِيهِ إِسْلَامُهُ وَرُدَّتْهُ ، فَوَصَفَ الْإِسْلَامَ فَهُوَ مُسْلِمٌ ، سِوَاءَ كَانَ
 مِمَّنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ أَوْ كُفِّرَ ، وَإِنْ وَصَفَ الْكُفْرَ ، وَهُوَ مِمَّنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ ، فَهُوَ
 مُرْتَدٌّ لَا يُقَرُّ عَلَى كُفْرِهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا ، أَنَّهُ يُقَرُّ عَلَى
 كُفْرِهِ . وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ أَقْوَى مِنْ ظَاهِرِ الدَّارِ . وَهَذَا وَجْهٌ مُظْلِمٌ ؛
 لِأَنَّ دَلِيلَ الْإِسْلَامِ وَجِدَ عَرِيًّا عَنِ الْمُعَارِضِ ، وَثَبَّتَ حُكْمَهُ ، وَاسْتَقَرَّ ، فَلَمْ يَجْزِ إِزَالَةُ
 حُكْمِهِ بِقَوْلِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ ابْنُ مُسْلِمٍ . وَقَوْلُهُ لَا دَلَالََةَ فِيهِ أَصْلًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ فِي الْحَالِ
 مَنْ كَانَ أَبُوهُ ، وَلَا مَا كَانَ دِينُهُ ، وَإِنَّمَا يَقُولُ هَذَا مِنْ تَلَقُّاءِ نَفْسِهِ ، فَعَلَى هَذَا إِذَا بَلَغَ
 اسْتَبَيَّبَ ثَلَاثًا ، فَإِنْ تَابَ وَالْأَقْتَلُ . فَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِمْ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ وَصَفَ كُفْرًا ،
 يُقَرُّ أَهْلُهُ عَلَيْهِ بِالْجُزْئِ ، / عَقِدَتْ لَهُ الدِّمَّةُ ، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنَ التَّزَامِهَا ، أَوْ وَصَفَ كُفْرًا
 لَا يُقَرُّ أَهْلُهُ عَلَيْهِ ، الْحَقُّ بِمَا مَنَ . وَهَذَا بَعِيدٌ جِدًّا ؛ فَإِنَّ هَذَا اللَّقِيطَ لَا يَخْلُو مَنْ أَنْ يَكُونَ
 ابْنُ وَثْنَى حَرْبِيٍّ ، فَهُوَ حَاصِلٌ فِي يَدِ الْمُسْلِمِينَ بَغِيرِ عَهْدَةٍ وَلَا عَقْدٍ ، فَيَكُونُ لَوَاجِدِهِ ،
 وَيَصِيرُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ سَابِقِهِ ، أَوْ يَكُونُ ابْنُ ذِمِّيٍّ ، أَوْ أَحَدُهُمَا ذِمِّيٌّ ، فَلَا يُقَرُّ عَلَى
 الْإِنْتِقَالِ إِلَى غَيْرِ دِينِ أَهْلِ الْكِتَابِ ، أَوْ يَكُونُ ابْنُ مُسْلِمٍ أَوْ ابْنُ مُسْلِمَيْنِ ، فَيَكُونُ

٢٠٤/٥ ظ

(٥) سقط من : الأصل .

مُسْلِمًا . قال أحمد ، في أمة نصرانية ، ولدت من فجور : ولدها مسلم ؛ لأن أبويه يهودانه ويتصرانه ، وهذا ليس معه إلا أمه . وإذا لم يكن لهذا الولد حال يحتمل أن يقر فيها على دين لا يقر أهله عليه ، فكيف يرد إلى دار الحرب .

فصل : إذا جنى اللقيط جناية تحمّلها العاقلة ، فالعقل على بيت المال ؛ لأن ميراثه له ، ونفقته عليه . وإن جنى جناية لا تحمّلها العاقلة ، فحكمه فيها حكم غير^(٦) اللقيط ؛ إن كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل ، اقتص منه ، وإن كانت موجهة للمال وله مال ، استوفى منه ، وإلا كان في ذمته حتى يسر . وإن جنى عليه في النفس جناية توجب الدية ، فهي لبيت المال ؛ لأنه وارثه . وإن كان عمدا محضا ، فالإمام مخير بين استيفاء القصاص إن رآه أحظ للملاقيط ، والعفو على مال . وبهذا قال الشافعي ، وابن المنذر ، وأبو حنيفة ، إلا أنه يخيره بين القصاص والمصالحة ؛ وذلك لقول النبي ﷺ : « فالسلطان ولي من لا ولي له »^(٧) . وإن جنى عليه فيما دون النفس جناية توجب الأرض قبل بلوغه ، فلوليّه أخذ الأرض . وإن كانت عمدا موجهة للقصاص ، وللقيط مال يكفيه ، وقف الأمر على بلوغه ليقتص أو يعفو ، سواء كان عاقلا أو معتوها . وإن لم يكن له مال ، وكان عاقلا ، انتظر بلوغه أيضا ، وإن كان معتوها فللولي العفو على مال يأخذه له ؛ لأن المعتوة ليس له حال معلومة منتظرة ، فإن ذلك قد يدوم به ، والعاقل له حال منتظرة ، فافترقا . وفي الحال التي ينتظر بلوغه ، فإن الجاني يخبس حتى يبلغ اللقيط ، فيستوفى لنفسه . وهذا مذهب الشافعي ، وقد

(٦) سقط من الأصل . وورد في م : « غير حكم » .

(٧) أخرجه أبو داود ، في : باب الولي ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨١/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء لانكاح إلا بولي ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ١٣/٥ . وابن ماجه ، في : باب لانكاح إلا بولي ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٥/١ . والدارمي ، في : باب النهي عن النكاح بغير ولي ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٣٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٠/١ ، ٤٧/٦ ، ٦٦ ، ١٦٦ .

رَوَى عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ لِلْإِمَامِ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ لَهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَيْ حَنِيفَةٍ ؛
لَأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي الْقِصَاصِ . فَكَانَ لِلْإِمَامِ اسْتِيفَاؤُهُ عَنِ اللَّقِيطِ ، كَالْقِصَاصِ فِي
النَّفْسِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قِصَاصٌ لَمْ يَتَحْتَمِ اسْتِيفَاؤُهُ ، فَوَقَفَ عَلَى قَوْلِهِ ، كَالْوَكَاةِ بِالْعَاغِبِ ،
وَفَارَقَ / الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ ، فَإِنَّ الْقِصَاصَ لَيْسَ هُوَ لَهُ ، إِنَّمَا هُوَ لِوَارِثِهِ ، وَالْإِمَامُ
و ٢٠٥/٥ الْمُتَوَلَّى لَهُ .

فصل : وَإِنْ قَذَفَ اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ مُحْصَنًا ، حَدَّثَ ثَمَانِينَ ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ . وَإِنْ قَذَفَهُ
قَازِفٌ ، وَهُوَ مُحْصَنٌ ، فَعَلِيهِ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ . فَإِنْ ادَّعَى الْقَازِفُ أَنَّهُ
عَبْدٌ ، فَصَدَّقَهُ اللَّقِيطُ ، سَقَطَ الْحَدُّ ؛ لِإِقْرَارِ الْمُسْتَحَقِّ بِسُقُوطِ الْحَدِّ ، وَيَجِبُ
التَّعْزِيرُ ؛ لِقَذْفِهِ مَنْ لَيْسَ بِمُحْصَنٍ . وَإِنْ كَذَّبَهُ اللَّقِيطُ ، وَقَالَ : إِنِّي حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛
لَأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَقَوْلُهُ مُوَافِقٌ لِلظَّاهِرِ ، وَلِذَلِكَ أَوْجَبْنَا عَلَيْهِ حَدَّ الْحُرِّ إِذَا كَانَ
قَازِفًا ، وَأَوْجَبْنَا لَهُ الْقِصَاصَ ، وَإِنْ كَانَ الْجَانِي حُرًّا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ
الْقَازِفِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ صِحَّةَ مَا قَالَهُ ، بِأَنْ يَكُونَ ابْنُ أُمَةٍ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ شُبْهَةً ، وَالْحَدُّ
يُذَرَأُ^(٨) بِالشُّبُهَاتِ . وَفَارَقَ الْقِصَاصَ لَهُ إِذَا ادَّعَى الْجَانِي عَلَيْهِ أَنَّهُ عَبْدٌ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ
لَيْسَ بِحَدٍّ ، وَإِنَّمَا : وَجَبَ حَقًّا لَادِمِيٍّ ، وَلِذَلِكَ جَازَتْ الْمُصَالَحَةُ عَنْهُ ، وَأُخِذَ بِدَلِيلِهِ ،
بِخِلَافِ حَدِّ الْقَذْفِ . وَيَتَخَرَّجُ مِنْ هَذَا أَنَّ اللَّقِيطَ إِذَا كَانَ قَازِفًا ، فَادَّعَى أَنَّهُ عَبْدٌ لِيَجِبَ
عَلَيْهِ حَدُّ الْعَبْدِ ، قَبْلَ مَنْهُ ؛ لِذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ كَانَ مَحْكُومًا بِحُرِّيَّتِهِ ،
لَا يَسْقُطُ الْحَدُّ عَنْ قَازِفِهِ بِاحْتِمَالِ رِقِّهِ ، بِدَلِيلِ مَجْهُولِ النَّسَبِ ، وَلَوْ سَقَطَ الْحَدُّ لِهَذَا
الِاحْتِمَالِ ، لَسَقَطَ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ الْقَازِفُ رِقِّهِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْجُودٌ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِهِ .

(٨) فِي م : « يَنْدَرَى » .

٩٥١ - مسألة ؛ قال : (وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ إِنْ لَمْ يُوجَدْ مَعَهُ شَيْءٌ يُنْفَقُ عَلَيْهِ)

وجملته أن اللقيط إذا لم يوجد معه شيء ، لم يلزم الملتقط بالإئفاق^(١) عليه ، في قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر : (أجمع كل^(٢) من نحفظ عنه من أهل العلم ، على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط ، كوجوب نفقة الولد . وذلك لأن أسباب وجوب النفقة ، من القرابة ، والزوجة ، والميلك ، والولاء ، متنفية ، والائتقاط إنما هو تخلص له من الهلاك ، وتبرع بحفظه ، فلا يوجب ذلك النفقة ، كما لو فعله بغير اللقيط . وتجب نفقته في بيت المال ؛ لقول عمر ، رضي الله عنه ، في حديث أبي جيميلة : اذهب فهو حر ، ولك ولأوه ، وعلياً نفقته^(٣) . وفي رواية : من بيت المال ؛ ولأن بيت المال وارثه ، وماله مصروف إليه ، فتكون نفقته عليه ، كقرابته ومولاه . فإن تعدد الإئفاق عليه من بيت المال ، لكونه لا مال فيه ، أو كان في مكان لا إمام فيه ، أو لم يعط شيئاً ، فعلى من علم حاله / من المسلمين الإئفاق عليه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾^(٤) . ولأن في ترك الإئفاق عليه هلاكه ، وحفظه عن ذلك واجب ، كإيقاظه من العرق . وهذا فرض كفاية ، إذا قام به قوم سقط عن الباقيين ، فإن تركه الكل أثموا . ومن أنفق عليه متبرعاً ، فلا شيء له ، سواء كان الملتقط أو غيره . وإن لم يتبرع بالإئفاق عليه ، فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسباً بالرجوع عليه إذا أيسر ، وكان ذلك بأمر الحاكم ، لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة قصداً بالمعروف . وبهذا قال الثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وإن

٢٠٥/٥ ظ

(١) في م : « الإئفاق » .

(٢ - ٣) في م : « جميع » .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٠ .

(٤) سورة المائدة ٢ .

أَتَّفَقَ بِغَيْرِ أَمْرِ الْحَاكِمِ ، مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ^(٥) عَلَيْهِ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : تُؤَدَّى النَّفَقَةُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ . وَقَالَ شُرَيْحٌ ، وَالنَّحْيِيُّ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالنَّفَقَةِ إِذَا أَشْهَدَ عَلَيْهِ . وَقَالَ عُمَرُ ابْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ : يَخْلِفُ مَا أَتَّفَقَ اخْتِسَابًا ، فَإِنْ خَلَفَ اسْتُسْعِيَ^(٦) . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : هُوَ مُتَّبَرِّعٌ^(٧) لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ، كَالْوَثْبَرِ^(٨) بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَدَّى مَا وَجَبَ عَلَى غَيْرِهِ ، فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَى مَنْ كَانَ الْوُجُوبُ عَلَيْهِ ، كَالضَّامِنِ إِذَا قَضَى عَنْ الْمَضْمُونِ عَنْهُ . وَقَدْ ذَكَّرْنَا حُكْمَ هَذَا الْأَصْلِ فِي مَوْضِعِهِ .

فصل : فَأَمَّا إِنْ وَجَدَ مَعَ اللَّقِيطِ شَيْءٌ ، فَهُوَ لَهُ ، وَيُتَّفَقُ عَلَيْهِ مِنْهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الطِّفْلَ يَمْلِكُ ، وَلَهُ يَدُ صَحِيحَةٍ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَرِثُ وَيُورَثُ ، وَيَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ وَلِيَّهُ وَيَبِيعَ ، وَمَنْ لَهُ مِلْكٌ صَحِيحٌ ، فَلَهُ يَدُ صَحِيحَةٍ ، كَالْبَالِغِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَكُلُّ مَا كَانَ مُتَّصِلًا بِهِ ، أَوْ مُتَعَلِّقًا بِمَنْفَعَتِهِ ، فَهُوَ تَحْتَ يَدِهِ ، وَيُثَبِّتُ بِذَلِكَ مِلْكُالَهُ فِي الظَّاهِرِ ، فَمَنْ ذَلِكَ مَا كَانَ لَا يَسْأَلُهُ ، أَوْ مَشْدُودًا فِي مَلْبُوسِهِ ، أَوْ فِي يَدَيْهِ ، أَوْ مَجْعُولًا فِيهِ ، كَالسَّرِيرِ وَالسَّقْفِ^(٩) ، وَمَا فِيهِ مِنْ قَرَشٍ أَوْ ذَرَاهِمَ ، وَالتِّيَابِ الَّتِي تَحْتَهُ^(١٠) (وَالَّتِي عَلَيْهِ) . وَإِنْ كَانَ مَشْدُودًا عَلَى دَابَّةٍ ، أَوْ كَانَتْ مَشْدُودَةً فِي ثِيَابِهِ ، أَوْ كَانَ فِي خَيْمَةٍ ، أَوْ فِي دَارٍ ، فَهِيَ لَهُ . وَأَمَّا الْمُتَفَصِّلُ عَنْهُ ، فَإِنْ كَانَ بَعِيدًا مِنْهُ ، فَلَيْسَ فِي يَدِهِ ، وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا مِنْهُ ، كَثُوبٍ مَوْضُوعٍ إِلَى جَانِبِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ هُوَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَفَصِّلٌ عَنْهُ ، فَهُوَ كَالْبَعِيدِ . وَالثَّانِي ، هُوَ لَهُ . وَهُوَ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ تَرَكَ لَهُ ، فَهُوَ لَهُ^(١١) ، بِمَنْزِلَةِ مَا هُوَ تَحْتَهُ ، وَلِأَنَّ الْقَرِيبَ

(٥) فِي م : الرُّجُوعُ .

(٦) أَى اللَّقِيطِ .

(٧ - ٨) سَقَطَ مِنْ م .

(٩) السَّقْفُ : وَعَاءٌ يُوَضَعُ فِيهِ الطَّيِّبُ وَنَحْوُهُ مِنْ أَدَوَاتِ النِّسَاءِ .

(٩ - ٩) فِي الْأَصْلِ : الشَّيْءُ الَّذِي عَلَيْهِ .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

من البالغ يكون/ في يده ، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ، ويحكم بأنه في يده ، والحمال إذا جلس للاستراحة ، ترك حملَه قريباً منه . فأما المدفون تحتَه ، فقال ابن عقيل : إن كان الحفر طرياً ، فهو له ، وإلا فلا ؛ لأن الظاهر أنه إذا كان طرياً فواضع اللقيط حفره ، وإذا لم يكن طرياً ، كان مدفوناً قبل وضعه ، وقيل : ليس هو له بحال ؛ لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طرياً ، فلم يكن له إذا كان الحفر^(١١) طرياً ، كالبعيد منه ، ولأن الظاهر أنه لو كان له ، لشده واضعه في ثيابه^(١٢) ، ليعلم به ، ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه ، وكل ما حكمنا بأنه ليس له^(١٣) فحكمه حكم اللقطة ، وما هو له أثق عليه منه ، فإن كان فيه كفايته ، لم تجب نفقته على أحد ؛ لأنه ذو مال ، فأشبهه غيره من الناس . إذا ثبت هذا ، فإن الملتقطه الإثفاق عليه منه^(١٤) بغير إذن الحاكم . ذكره أبو عبد الله ابن حامد ؛ لأنه ولي له ، فلم يعتبر في^(١٥) الإثفاق عليه في حقه إذن الحاكم ، كوصي اليتيم ، ولأن هذا من الأمر بالمعروف ، فاستوى فيه الإمام وغيره ، كتبديد الحمر . وروى أبو الحارث ، عن أحمد ، في رجل أودع رجلاً مالاً ، وغاب ، وطالت غيبته ، وله ولد ولا نفقة له ، هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب ؟ فقال : تقوم امرأته^(١٦) إلى الحاكم ، حتى يأمره بالإثفاق عليهم . فلم يجعل له الإثفاق عليهم^(١٧) من غير إذن الحاكم . فقال بعض أصحابنا : هذا مثله . والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين ؛ أحدهما ، أن الملتقط له ولاية على اللقيط ، وعلى ماله ؛ فإن له ولاية أخذه وحفظه . والثاني ،

(١١) سقط من : م .

(١٢) في الأصل : « ساقه » .

(١٣) في م زيادة : « واضعه » .

(١٤) في النسخ : « فيه » .

(١٥) في م : « امرأة » .

(١٦) سقط من : الأصل .

أَنَّهُ يُتَّفَقُ عَلَى اللَّقِيطِ مِنْ مَالِهِ ، وَهَذَا بِخِلَافِهِ ، وَلِأَنَّ الْإِتِّفَاقَ عَلَى الصَّبِيِّ مِنْ مَالِ أَبِيهِ
مَشْرُوطٌ بِكَوْنِ الصَّبِيِّ مُحْتَاجًا إِلَى ذَلِكَ ، لِعَدَمِ مَالِهِ ، وَعَدَمِ تَفَقُّهِ تَرْكُهَا أَبَوَهُ
بِرِسْمِهِ ، وَذَلِكَ لَا يُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُ الْمُودَعِ ، فَاحْتِيجُ إِلَى إِثْبَاتِ ذَلِكَ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، وَلَا
كَذَلِكَ فِي مَسْأَلَتِنَا ، فَلَا يَلْزَمُ مِنْ وَجُوبِ اسْتِئْذَانِ الْحَاكِمِ ثُمَّ وَجُوبُهُ فِي اللَّقِيطِ . وَمَتَى
لَمْ يَجِدْ حَاكِمًا ، فَلَهُ الْإِتِّفَاقُ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ حَالُ ضَرُورَةٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَيْسَ
لَهُ أَنْ يُتَّفَقَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ فِي مَوْضِعٍ يَجِدُ حَاكِمًا ، وَإِنْ أُنْفَقَ ضَمِنَ ، بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ
كَانَ لِأَبِي الصَّبِيِّ وَدَائِعُ^(١٧) عِنْدَ إِنْسَانٍ ، فَأُتِفَقَ عَلَيْهِ مِنْهُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَى
٢٠٦/٥ ط مَالِهِ ، وَإِنَّمَا لَهُ حَقُّ الْحَصَانَةِ . وَإِنْ لَمْ يَجِدْ حَاكِمًا ، فَفِي جَوَازِ / الْإِتِّفَاقِ وَجْهَانِ ؛
وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ ابْتِدَاءً ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَى مَالِهِ ، فَإِنَّا قَدْ يَسَّنَّا أَنْ لَهُ أَخْذَهُ
وَحِفْظَهُ ، وَهُوَ أَوْلَى النَّاسِ بِهِ ، وَذَكَرْنَا الْفَرْقَ بَيْنَ اللَّقِيطِ وَبَيْنَ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ . فَإِذَا
تَبَيَّنَ هَذَا ، فَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يَسْتَأْذِنَ الْحَاكِمَ فِي مَوْضِعٍ يَجِدُ حَاكِمًا ؛ لِأَنَّهُ أَبْعَدُ مِنْ
التَّهْمَةِ ، وَأَقْطَعُ لِلظُّنَّةِ ، وَفِيهِ خُرُوجٌ بِهِ مِنَ الْخِلَافِ ، وَحِفْظٌ لِمَالِهِ مِنْ أَنْ يَرْجَعَ عَلَيْهِ
بِمَا أُنْفَقَ . فَإِذَا تَبَيَّنَ هَذَا ، فَيَتَّبَعِي أَنْ يُتَّفَقَ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي وَلِيِّ الْيَتِيمِ ،
فَإِذَا بَلَغَ اللَّقِيطُ ، وَاخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَا أُنْفَقَ ، وَفِي التَّفْرِيطِ فِي الْإِتِّفَاقِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ
الْمُتَّفِقِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي ذَلِكَ ، كَوَلِيِّ الْيَتِيمِ .

٩٥٢ - مسألة ؛ قال : (وَوَلَاؤُهُ لِسَائِرِ الْمُسْلِمِينَ)

يعني مِيرَاثَهُ لَهُمْ ، فَإِنَّ اللَّقِيطَ حُرُّ الْأَصْلِ ، وَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا يَرِثُهُ الْمُسْلِمُونَ ؛
لَأَنَّهُمْ خُوُلُوا كُلُّ مَالٍ لَا مَالِكَ لَهُ ، وَلَأَنَّهُمْ^(١) يَرِثُونَ مَالَ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرَ اللَّقِيطِ ،
فَكَذَلِكَ اللَّقِيطُ . وَقَوْلُ الْخِرَقِيِّ : « وَوَلَاؤُهُ لِسَائِرِ الْمُسْلِمِينَ » . تَجَوَّزَ فِي اللَّفْظِ ،
لِاشْتِرَاكِ سَائِرِ الْمُسْلِمِينَ وَمَنْ لَهُ الْوَلَاءُ فِي أَخْذِ الْمِيرَاثِ ، وَحِيَازَتِهِ كُلَّهُ عِنْدَ عَدَمِ

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « وَدِيعة » .

(١) فِي م : « وَلَأنَّهُ » .

الوارث . هذا هو الظاهر . وهو قول مالك ، والشافعي ، وأكثر أهل العلم . وقال شريح ، وإسحاق : عليه الولاء لِمُنْقَطِعِهِ ؛ لما رَوَى وإثله بن الأسقع ، قال : قال رسول الله ﷺ : « الْمَرْأَةُ تَحُوزُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ ؛ عَتِيقَهَا ، وَلَقِيطَهَا ، وَلَكَدَهَا الَّذِي لَا عَتَتْ عَلَيْهِ » . أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ^(٢) . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ ، وقال عَمْرُؤُا لَأَبْنِي جَمِيلَةٌ فِي لُقْطَتِهِ : هُوَ حُرٌّ ، وَلَكَ وَلَأُوهُ ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ ^(٣) . ولنا : قول النبي ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ » ^(٤) . ولأنه لم يثبت عليه رِقٌّ ، ولا على آبائه ،

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب ميراث ابن الملائنة ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ١١٣/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء ما يرث النساء ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٢٦٧/٨ . كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب المرأة تحوز ثلاث مواريث ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٩١٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٩٠/٣ ، ١٠٧/٤ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٠ .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب الصدقة على مولى أزواج النبي ﷺ ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب إذا اشترط شروط في البيع لا تحل ، من كتاب البيوع ، وفي : باب إذا قال المكاتب اشترى ... ، من كتاب المكاتب ، وفي : باب الشروط في البيع ، وباب ما يجوز من شروط المكاتب ... ، وباب الشروط في الولاء ، وباب المكاتب وما لا يحمل من الشروط ... ، من كتاب الشروط ، وفي : باب الحررة تحت العبد ، من كتاب النكاح ، وفي : باب لا يكون بيع الأمة طلاقاً ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب الأدم ، من كتاب الأطعمة ، وفي : باب إذا اعتق في الكفارة لم يكن ولاؤه ، من كتاب الكفارات ، وفي : باب الولاء لمن اعتق وميراث اللقيط ، وباب ميراث السائبة ، وباب إذا أسلم على يديه ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ١٢٣/١ ، ١٥٨/٢ ، ٩٦/٣ ، ٢٠٠ ، ٢٤٨ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٥٩ ، ١١/٧ ، ٦١ ، ١٠٠ ، ١٨٢/٨ ، ١٩١ ، ١٩٢ ، ١٩٣ . ومسلم ، في : باب إنما الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤١/٢ ، ١١٤٣ ، ١١٤٤ ، ١١٤٥ . وأبو داود ، في : باب في الولاء ، من كتاب الفرائض ، وفي : باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ١١٤/٢ ، ٣٤٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٢٨١/٨ . والنسائي ، في : باب إذا تحولت الصدقة ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب خيار الأمة ، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها حر ، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب البيع يكون فيه الشرط الفاسد ... ، وباب بيع المكاتب ، وباب المكاتب يباع قبل أن يقبض ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٨١/٥ ، ١٣٢/٦ ، ١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ٢٦٤/٧ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ . وابن ماجه ، في : باب خيار الأمة إذا اعتقت ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٦٧١/١ ، ٨٤٢/٢ ، ٨٤٣ . والدارمي ، في : باب في تخيير الأمة ... ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٦٩/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الخيار ، من كتاب =

فلم يثبت عليه ولَاءٌ ، كالمعروف نسبُه ، ولأنه إن كان ابن حُرَيْنَ ، فلا ولَاءَ عليه ، وإن كان ابن معتقَيْنَ ، فلا يكون عليه ولَاءٌ لغير معتقيهما . وحديث واثلة لا يثبت . قاله ابن المنذر . وخبر عمر ، قال ابن المنذر : أبو جميلة رجل مجهول ، لا تقوم بحديثه حجة . ويحتج بأن عمر ، رضى الله عنه ، عني بقوله : ولك ولأؤه . أى لك ولأيتُه ، والقيام به وحفظه . لذلك ذكره عقيب قول عريفة : إنه رجل صالح . وهذا يقتضي تفويض الولاية إليه ، لكونه مأموناً عليه دون الميراث . إذا ثبت هذا ، فإن حكم اللقيط في الميراث حكم من عرف نسبُه ، وانقرض أهله / ، يدفع إلى بيت المال إذا لم يكن له وارث . فإن كان له زوجة فلها الربع ، والباقي لبيت المال . وإن كانت امرأة لها زوج ، فله النصف ، والباقي لبيت المال . وإن كانت له بنت ، أو ذو رحم ، كينت بنت ، أخذت جميع المال ؛ لأن الرد وذا الرحم مقدم^(٥) على بيت المال . والله أعلم .

و ٢٠٧/٥

٩٥٣ - مسألة : قال : (وإن لم يكن من وجد اللقيط أمينا ، منع من السفر به)

وجملة ذلك أن الملقط إن كان أمينا أقر اللقيط في يده ؛ لأن عمر ، رضى الله عنه ، أقر اللقيط في يد أى جميلة ، حين قال له^(١) عريفة : إنه رجل صالح^(٢) . ولأنه سبق إليه ، فكان أولى به ؛ لقول النبي ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »^(٣) . وهل يجب الإشهاد عليه ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يجب ، كما لا يجب^(٤) الإشهاد في اللقطة . والثاني ، يجب ؛ لأن القصْدَ بالإشهاد حفظ النسب والحرية ، فاختص بوجوب الشهادة ، كالنكاح ، وفارق اللقطة ؛ فإن المقصود منها حفظ المال ، فلم يجب الإشهاد فيها ، كالبيع . فأما إن كان غير أمين ، فظاهر كلام

=الطلاق، وفي: باب مصير الولاء لمن أعتق، من كتاب العتق. الموطأ ٢/٥٦٢، ٧٨٠، ٧٨١. والإمام أحمد ، في: المسند ١/٢٨١، ٣٢١، ٢٨٠/١٠، ١١٣، ١٤٤، ١٥٣، ١٥٦، ٦/٣٣، ٤٢، ٤٦، ٨٢، ١٠٣، ١٢١، ١٣٥، ١٧٢، ١٧٥، ١٧٨، ١٨٠، ١٨٦، ١٩٠، ٢١٣، ٢٧٢ .

(٥) في الأصل : « أقرب فقدم » .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٠ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٢ .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

الْخِرْقَى أَنَّهُ يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ ، وَيُمْنَعُ مِنَ السَّفَرِ بِهِ ، لَأَنَّهُ لَا يَدْعَى رَقَهُ وَيَبِيعُهُ . وَيَتَّبَعِي أَنْ يَجِبَ
 الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ ، وَيُضَمُّ إِلَيْهِ مَنْ يُشْرِفُ عَلَيْهِ ؛ لَأَنَّنَا إِذَا ضَمَمْنَا إِلَيْهِ فِي اللَّقْطَةِ مَنْ يُشْرِفُ
 عَلَيْهِ ، فَهُنَا أَوَّلَى . وَقَالَ الْقَاضِي : الْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَنْزَعُ مِنْ يَدَيْهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛
 لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي حِفْظِ اللَّقِيطِ إِلَّا الْوَلَايَةُ ، وَلَا وَلَايَةُ لِقَاسِقٍ . وَفَارَقَ اللَّقْطَةَ مِنْ أَوْجِهِ ؛
 أَحَدَهَا ، أَنَّ فِي اللَّقْطَةِ مَعْنَى الْكَسْبِ ، وَلَيْسَ هُنَا إِلَّا الْوَلَايَةُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ اللَّقْطَةَ
 لَوْ انْتَرَعْنَاهَا مِنْهُ رَدَدْنَاهَا إِلَيْهِ بَعْدَ الْحَوْلِ ، فَاحْتَطْنَا عَلَيْهَا مَعَ بَقَائِهَا فِي يَدَيْهِ ، وَهُنَا لَا
 تُرَدُّ إِلَيْهِ بَعْدَ الْانْتِرَاعِ مِنْهُ بِحَالٍ ، فَكَانَ الْانْتِرَاعُ أَخْوَطَ . وَالثَّالِثُ ، أَنَّ الْمَقْصُودَ ثَمَّ
 حِفْظُ الْمَالِ ، وَيُمْكِنُ^(٥) الْاِخْتِيَاظُ عَلَيْهِ بِأَنْ يَسْتَظْهَرَ عَلَيْهِ فِي التَّعْرِيفِ ، أَوْ يَنْصَبَ
 الْحَاكِمُ مَنْ يُعْرِفُهَا ، وَهُنَا الْمَقْصُودُ حِفْظُ الْحُرِّيَّةِ وَالنَّسَبِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْاِسْتِظْهَارِ
 عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَدْعَى رَقَهُ فِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ ، أَوْ فِي بَعْضِ الزَّمَانِ ، وَلِأَنَّ اللَّقْطَةَ إِنَّمَا يُحْتَاجُ
 إِلَى حِفْظِهَا وَالْاِخْتِيَاظِ عَلَيْهَا عَامًّا وَاحِدًا ، وَهَذَا يُحْتَاجُ إِلَى الْاِخْتِيَاظِ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ
 زَمَانِهِ . وَأَمَّا عَلَى ظَاهِرِ قَوْلِ الْخِرْقِيِّ ، فَلَا يَنْزَعُ^(٦) مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَّتَ لَهُ الْوَلَايَةُ
 بِالْإِشْهَادِ / إِيَّاهُ ، وَسَبَقَهُ إِلَيْهِ ، وَأَمَكَنَ حِفْظُ اللَّقِيطِ فِي يَدَيْهِ بِالْإِشْهَادِ عَلَيْهِ ، وَضَمُّ أَمِينٍ
 يُشَارِفُهُ إِلَيْهِ ، وَيُشَيِّعُ أَمْرَهُ ، فَيَعْرِفُ أَنَّهُ لِقِيطٌ ، فَيُحْفَظُ^(٧) بِذَلِكَ مِنْ غَيْرِ زَوَالٍ
 وَلَايَتِهِ . جَمْعًا بَيْنَ الْحَقِّينِ ، كَمَا فِي اللَّقْطَةِ ، وَكَأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْوَصِيُّ خَائِنًا . وَمَا ذُكِرَ مِنْ
 التَّرْجِيحِ لِلْقِطَةِ ، فَيُمْكِنُ^(٨) مُعَارَضَتُهُ ، بِأَنَّ اللَّقِيطَ ظَاهِرٌ مَكْشُوفٌ لَا تُخْفَى الْخِيَانَةُ
 فِيهِ ، وَاللَّقْطَةُ مَسْتُورَةٌ خَفِيَّةٌ تَنْطَرِّقُ إِلَيْهَا الْخِيَانَةُ ، وَلَا يُعْلَمُ بِهَا ، وَلِأَنَّ اللَّقْطَةَ يُمَكِّنُ
 أَخْذَ بَعْضِهَا وَتَنْقِيصُهَا وَإِبْدَالُهَا ، وَلَا يَتِمَكَّنُ مِنْ ذَلِكَ فِي اللَّقِيطِ . وَلِأَنَّ الْمَالَ مُحَلٌّ

(٥) فِي الْأَصْلِ : « وَلَكِنْ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « يَنْتَرَعُ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « فَيُحْفَظُ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « مِنْ » .

الخِيَانَةِ ، وَالتَّفُوسُ إِلَى تَنَاوُلِهِ وَأَخْذِهِ دَاعِيَةً ، بِخِلَافِ اللَّقِيطِ . فَعَلِيَ هَذَا ، مَتَى أَرَادَ الْمُتَلَقِّطُ السَّفَرَ بِاللَّقِيطِ مُنِيعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يُبْعِدُهُ مِمَّنْ عَرَفَ حَالَهُ ، فَلَا يُؤْمِنُ أَنْ يَدْعِيَ رِقَّةً وَيَبِيعَهُ .

فصل : وَإِذَا التَّقَطَّ اللَّقِيطُ مَنْ هُوَ مَسْتُورُ الْحَالِ ، لَمْ تُعْرِفْ مِنْهُ حَقِيقَةُ الْعَدَالَةِ وَلَا الْخِيَانَةِ ، أَقَرَّ اللَّقِيطُ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْعَدْلِ فِي لُقْطَةِ الْمَالِ وَالْوِلَايَةِ فِي النِّكَاحِ وَالشَّهَادَةِ فِيهِ ، وَفِي أَكْثَرِ الْأَحْكَامِ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْمُسْلِمِ الْعَدَالَةُ ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : الْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ . فَإِنْ أَرَادَ السَّفَرُ بِلُقْطَتِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَحَقَّقْ أَمَانَتُهُ ، فَلَمْ تُؤْمِنْ الْخِيَانَةُ مِنْهُ . وَالثَّانِي ، يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ فِي الْحَضَرِ مِنْ غَيْرِ مُشْرِفٍ يُضْمُّ إِلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ الْعَدْلَ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ السِّرَّ وَالصَّيَّانَةَ . فَأَمَّا مَنْ عَرَفَتْ عَدَالَتَهُ ، وَظَهَرَتْ أَمَانَتُهُ ، فَيُقَرُّ اللَّقِيطُ فِي يَدِهِ فِي سَفَرِهِ وَحَضَرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُونٌ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ سَفَرُهُ لَغَيْرِ الثَّقَلَةِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ سَفَرُ الْأَمِينِ بِاللَّقِيطِ إِلَى مَكَانٍ يُقِيمُ بِهِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ التَّقَطُّ مِنْ الْحَضَرِ ، فَأَرَادَ الثَّقَلَةَ^(٩) بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ ، لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ مُقَامَهُ فِي الْحَضَرِ أَصْلَحُ لَهُ فِي دِينِهِ وَدُنْيَاهُ ، وَأَرْفَهُ لَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا أُوجِدَ فِي الْحَضَرِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ وَلَدَ فِيهِ ، فَبَقَاؤُهُ فِيهِ أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ وَظُهُورِ أَهْلِهِ ، وَاعْتِرَافِهِمْ بِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الثَّقَلَةَ بِهِ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ مِنَ الْحَضَرِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقَرُّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَهُ فِي بَلَدِهِ أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ ، فَلَمْ يُقَرَّ فِي يَدِ الْمُتَنَقِّلِ عَنْهُ ، قِيَاسًا عَلَى الْمُتَنَقِّلِ بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ . وَالثَّانِي ، يُقَرُّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ وِلَايَتَهُ ثَابِتَةٌ ، وَالْبَلَدُ الثَّانِي كَالْأَوَّلِ فِي الرَّفَاهِيَةِ ، فَيُقَرُّ فِي يَدِهِ ، كَمَا لَوْ انْتَقَلَ مِنْ أَحَدِ جَانِبَيْ الْبَلَدِ إِلَى الْجَانِبِ الْآخَرَ ، وَفَارَقَ الْمُتَنَقِّلَ بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّهُ بِتَفْوِيتِ الرَّفَاهِيَةِ عَلَيْهِ . وَإِنْ التَّقَطُّ مِنَ الْبَادِيَةِ فَلَهُ تَقْلُهُ إِلَى

٢٠٨/٥ و

(٩) ق م : « الثقل » .

الحَضَر ؛ لَأَنَّهُ يَنْقُلُهُ مِنْ أَرْضِ الْبُؤْسِ وَالشَّقَاءِ إِلَى الرَّفَاهِيَةِ وَالِدَّعَةِ وَالِدِّينِ . وَإِنْ أَقَامَ بِهِ فِي حِلَّةٍ يَسْتَوِطُنْهَا ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ يَنْتَقِلُ بِهِ فِي ^(١٠) الْمَوَاضِعِ ، احْتَمَلَ أَنْ يُقَرَّ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ ابْنُ بَدَوِيٍّ ، وَإِقْرَارُهُ فِي يَدَيْ مُلْتَقِطِهِ أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ ، فَيُدْفَعَ إِلَى صَاحِبِ قَرْيَةٍ ؛ لِأَنَّهُ أَرْفَهُ لَهُ ، وَأَخْفَ عَلَيْهِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : يَنْزَعُ مِنْ مُلْتَقِطِهِ . ^(١١) فَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ إِذَا وَجِدَ مَنْ يُدْفَعُ إِلَيْهِ ، مِمَّنْ هُوَ أَوْلَى بِهِ . فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ مَنْ يَقُومُ بِهِ ، أُقِرَّ فِي يَدَيْ مُلْتَقِطِهِ ^(١٢) ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ فِي ^(١٣) يَدَيْهِ مَعَ قُصُورِهِ ، أَوْلَى ^(١٤) مِنْ إِهْلَاكِهِ . وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ إِلَّا مِثْلَ مُلْتَقِطِهِ ، فَمُلْتَقِطُهُ أَوْلَى بِهِ ، إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي نَزْعِهِ مِنْ يَدِهِ ، وَدَفْعِهِ إِلَى مِثْلِهِ .

فصل : وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ الْبِقَاطُ الطِّفْلِ الْمَنْبُودِ ، إِذَا وَجِدَ مَنْ يَلْتَقِطُهُ سِوَاهُ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ لِسَيِّدِهِ ؛ فَلَا يُذْهِبُهَا ^(١٥) فِي غَيْرِ نَفْعِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وَلَأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ عَلَى اللَّقِيطِ إِلَّا بِالْوِلَايَةِ ، وَلَا وَِلَايَةَ لِعَبْدٍ . فَإِنْ التَّقَطَّهَ لَمْ يُقَرَّ فِي يَدَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ السَّيِّدُ ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ ، أُقِرَّ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَعَانَ بِهِ فِي ذَلِكَ ، فَصَارَ كَالْوَالِدِ التَّقَطَّهَ بِيَدِهِ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : إِنْ أَذِنَ لَهُ السَّيِّدُ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَصَارَ كَالْوَالِدِ التَّقَطَّهَ . وَالْحُكْمُ فِي الْأَمَةِ كَالْحُكْمِ فِي الْمُكَاتَّبِ . فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَجِدْ أَحَدًا يَلْتَقِطُهُ سِوَاهُ ، وَجَبَ الْبِقَاطُ ؛ لِأَنَّهُ تَخْلِيصٌ لَهُ مِنَ الْهَلَاكِ ، فَأَشْبَهَ تَخْلِيصَهُ مِنَ الْعَرَقِ . وَالْمُدَبَّرُ ^(١٦) ، وَأُمُّ الْوَلَدِ ، وَالْمُعْلَقُ عُنُقَهُ بِصِفَةٍ ، كَالْقِنْ ، وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَّبُ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ التَّبَرُّعُ بِمَالِهِ ، وَلَا بِمَنَافِعِهِ ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ .

فصل : وَلَيْسَ لِلْكَافِرِ ^(١٧) الْبِقَاطُ مُسْلِمٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا وَِلَايَةَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ ، وَلَأَنَّهُ

(١٠) فِي م : « إِلَى » .

(١١ - ١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٢ - ١٣) فِي الْأَصْلِ : « بِلَدَّتِهِ مَعَ حُضُورِهِ خَيْرٌ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « يَدْفَعُهَا » .

(١٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٥) فِي م : « لِكَافِرٍ » .

لا يُؤْمَنُ أَنْ يَفْتَنَهُ وَيُعَلِّمَهُ الْكُفْرَ ، بل الظاهرُ أنه يُرِيهِ على دِينِهِ ، وَيَنْشَأُ على ذلك ، كَوَلَدِهِ . فَإِنَّ التَّقَطَّهَ لم يُقَرَّ في يَدِهِ . وَإِنْ كَانَ الطِّفْلُ مَحْكُومًا بِكُفْرِهِ ، فَلَهُ التِّقَاطُ ؛ لِأَنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ .

فصل : وَإِنَّ التَّقَطَّهَ اثْنَانِ ، وَتَنَاوَلَاهُ تَنَاوُلًا وَاحِدًا ، لم يَحُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ ^(١٦) أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ مَمَّنْ يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ ، كَالْمُسْلِمِ الْعَدِلِ الْحُرِّ ، وَالْآخَرُ مَمَّنْ لَا يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ ، كَالْكَافِرِ إِذَا كَانَ اللَّقِيطُ مُسْلِمًا ، وَالْفَاسِقِ ، وَالْعَبْدِ إِذَا لم يَأْذَنْ لَهُ / سَيِّدُهُ ، وَالْمُكَاتَّبِ ، فَإِنَّهُ يُسَلَّمُ إِلَى مَنْ يُقَرُّ فِي يَدِهِ ، وَتَكُونُ مُشَارَكَةً هَوْلَاءُ لَهُ ^(١٧) كَعَدَمِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ التَّقَطَّهَ وَحْدَهُ لم يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، فَإِذَا شَارَكَهُ مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْإِتِّقَاطِ أَوَّلَى ^(١٨) .

الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ جَمِيعًا مَمَّنْ لَا يُقَرُّ فِي يَدَيَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنَّهُ يَنْزَعُ مِنْهُمَا ، وَيُسَلَّمُ إِلَى غَيْرِهِمَا . الثَّالِثُ ، أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَمَّنْ يُقَرُّ فِي يَدِهِ لَوْ انْفَرَدَ ، إِلَّا أَنْ أَحَدَهُمَا أَحْظَ لِلْقِطِّ مِنَ الْآخَرِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا ، فَالْمُوسِرُ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْظُ لِلطِّفْلِ ، وَإِنَّ التَّقَطَّهَ مُسْلِمًا وَكَافِرًا طِفْلًا مَحْكُومًا بِكُفْرِهِ ، فَالْمُسْلِمُ أَحَقُّ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : هُمَا سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّ لِلْكَافِرِ وَلَايَةً عَلَى الْكَافِرِ ، وَيُقَرُّ فِي يَدِهِ إِذَا انْفَرَدَ بِالتِّقَاطِ ، فَسَاوَى الْمُسْلِمَ فِي ذَلِكَ .

وَلَنَا ، أَنْ دَفَعَهُ إِلَى الْمُسْلِمِ أَحْظُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُسْلِمًا ، فَيَسْعُدُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ ، وَيَنْجُو مِنَ النَّارِ ، وَيَتَخَلَّصُ مِنَ الْجَزْيَةِ وَالصَّغَارِ ، فَالْتَّرَجِيحُ بِهَذَا أَوَّلَى مِنَ التَّرَجِيحِ بِالْيَسَارِ الَّذِي لِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ تَوْسِيعَةٌ عَلَيْهِ فِي الْإِنْفَاقِ ، وَقَدْ يَكُونُ الْمُوسِرُ بَخِيلًا ، فَلَا تَخْصُلُ التَّوْسِيعَةُ . فَإِنْ تَعَارَضَ التَّرَجِيحَانِ ، فَكَانَ الْمُسْلِمُ فَقِيرًا وَالْكَافِرُ مُوسِرًا ، فَالْمُسْلِمُ أَوَّلَى ؛ لِأَنَّ النِّفْعَ الْحَاصِلَ لَهُ بِإِسْلَامِهِ أَعْظَمُ مِنَ النِّفْعِ الْحَاصِلِ بِإِسْرَارِهِ مَعَ كُفْرِهِ . وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِمْ فِي تَقْدِيمِ الْمُوسِرِ ، يَتَّبِعِي أَنْ يُقَدَّمَ الْجَوَادُّ عَلَى الْبَخِيلِ ؛

(١٦) سِيَذَكِرُ الْمُؤَلِّفُ خِلَالَ الْفَصْلِ أَرْبَعَةَ أَقْسَامٍ .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٨) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : ه ه ه .

لأنَّ حَظَّ الطِّفْلِ عنده أَكْثَرُ من الجِهَةِ الَّتِي يَحْصُلُ لَهُ الحَظُّ فِيهَا بِالْيَسَارِ ، وَرُبَّمَا تَخْلُقُ بِأَخْلَاقِهِ ، وَتَعَلَّمَ مِنْ جُودِهِ . الرابع ، أَنَّ يَتَسَاوَى فِي كَوْنِهِمَا مُسْلِمَيْنِ عَدْلَيْنِ حُرَّيْنِ مُقِيمَيْنِ ، فَهَمَا سَوَاءٌ فِيهِ ، فَإِنْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ ، وَتَسْلِيمِهِ إِلَى صَاحِبِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ ، فَلَا يُمْنَعُ مِنَ الإِثَارِ بِهِ . وَإِنْ تَشَاحَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَفَلَا مَهْمُ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ ^(١٩) . وَلِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ كَوْنُهُ عِنْدَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ عِنْدَهُمَا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ . وَإِنْ تَهَايَا ، فَيُجْعَلُ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ يَوْمًا أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، أَضَرَّ بِالطِّفْلِ ؛ لِأَنَّهُ تَخْتَلِفُ عَلَيْهِ الْأَغْذِيَّةُ وَالْأَنْسُ وَالْإِلْفُ ، وَلَا يُمَكِّنُ دَفْعُهُ إِلَى أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمَا مُتَسَاوٍ ، فَتَعَيَّنَ أَحَدُهُمَا بِالتَّحَكُّمِ لَا يَجُوزُ ، فَتَعَيَّنَ الْإِفْرَاقُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا يُفْرَعُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي تَعْيِينِ السَّهَامِ فِي الْقِسْمَةِ ، وَبَيْنَ النِّسَاءِ فِي الْبِدَايَةِ بِالْقِسْمَةِ ، وَبَيْنَ الْعَبِيدِ فِي الْإِعْتَاقِ / . وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ سَوَاءٌ ، وَلَا تُرْجَعُ الْمَرْأَةُ هَهُنَا ، كَمَا تُرْجَعُ فِي حَضَانَةِ وَلَدِهَا عَلَى أَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُمَا رُجِّعَتْ لِشَفَقَتِهَا عَلَى وَلَدِهَا ، وَتَوَلَّيَا لِحَضَانَتِهِ بِنَفْسِهَا ، وَالْأَبُ يَخْضُنُهُ بِأَجْنَبِيَّةٍ ، فَكَانَتْ ^(٢٠) الْأُمُّ أَوْلَى وَأَحْظَ ^(٢١) لَهُ وَأَرْفَقَ بِهِ ، أَمَّا هَهُنَا ، فَإِنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ مِنَ اللَّقِيطِ ، وَالرَّجُلُ يَخْضُنُهُ بِأَجْنَبِيَّةٍ فَاسْتَوَى . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ جَمِيعُهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَسْتُورَ الْحَالِ ، وَالْآخَرُ ظَاهِرَ الْعَدَالَةِ ، اخْتَمَلَ أَنْ يُرْجَعَ الْعَدْلُ ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الْإِتْقَاطِ مُنْتَفٍ فِي حَقِّهِ بِغَيْرِ شَكٍّ ، وَالْأَمْرُ مَشْكُوكٌ فِيهِ ، فَيَكُونُ الْحَظُّ لِلطِّفْلِ فِي تَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ أَمًّا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَسَاوَى ؛ لِأَنَّ اخْتِمَالَ وَجُودِ الْمَانِعِ لَا يُؤَثِّرُ فِي الْمَنْعِ ، فَلَا يُؤَثِّرُ التَّرْجِيحُ .

فصل : وَإِنْ رَأْيَاهُ جَمِيعًا ، فَسَبَقَ أَحَدُهُمَا فَأَخَذَهُ ، أَوْ وَضَعَ يَدَهُ عَلَيْهِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ ^(٢٢) أَحَقُّ بِهِ ^(٢٣) » . وَإِنْ رَأَاهُ أَحَدُهُمَا قَبْلَ صَاحِبِهِ ، فَسَبَقَ إِلَى أَخْذِهِ الْآخَرُ ، فَالسَّابِقُ إِلَى أَخْذِهِ

(١٩) سورة آل عمران ٤٤ .

(٢٠ - ٢١) في م : « أمه أحظ » .

(٢١ - ٢٢) في الأصل : « له » . وتقديم تعريجه في صفحة ١٥٢ .

أَحَقُّ ؛ لَأَنَّ الْإِتِّقَاطَ هُوَ الْأَخْذُ لَا الرُّؤْيَةَ . وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا ^(٢٢) لِصَاحِبِهِ : نَأُولِيهِ . فَأَخَذَهُ الْآخَرُ ، نَظَرْنَا ^(٢٣) إِلَى نَيْتِهِ ^(٢٤) ، فَإِنْ نَوَى أَخْذَهُ لِنَفْسِهِ فَهُوَ أَحَقُّ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَأْمُرْهُ الْآخَرُ بِمُتَنَاوَلَتِهِ إِيَّاهُ ، وَإِنْ نَوَى مُتَنَاوَلَتَهُ فَهُوَ لِلْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ بِنَيْتِهِ النَّيَابَةِ عَنْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَوَكَّلَ لَهُ فِي تَحْصِيلِ مُبَاحٍ .

فصل : فَإِنْ اِخْتَلَفَا ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : أَنَا التَّقَطُّة . وَلَا بَيِّنَةٌ لِأَحَدِهِمَا ، وَكَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ التَّقَطُّة . ذَكَرَ ذَلِكَ أَبُو الْخَطَّابِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَحْلِفُ ، كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَالنِّكَاحِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ؛ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(٢٥) . فَإِنْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، حَلَفَ وَسَلَّمْ إِلَيْهِ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي : لَا تُشْرَعُ الْيَمِينُ هَهُنَا ، وَيُسَلَّمْ إِلَيْهِ بِمَجَرَّدِ وَقُوعِ الْقَرَعَةِ لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : يُسَلَّمُ الْحَاكِمُ إِلَى مَنْ يَرَى مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لهما . وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا تَنَازَعَا حَقًّا فِي يَدِ غَيْرِهِمَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَنَازَعَا وَدِيعَةً عِنْدَ غَيْرِهِمَا . فَإِنْ وَصَفَهُ أَحَدُهُمَا ، / مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : فِي ظَهْرِهِ شَامَةٌ ، أَوْ بِجَسَدِهِ عَلَامَةٌ . وَذَكَرَ شَيْئًا فِي جَسَدِهِ مُسْتَوْرًا ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يُقَدَّمُ بِالْصِّفَةِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يُقَدَّمُ بِالْصِّفَةِ ، كَمَا لَوْ وَصَفَ الْمُدَّعَى ، فَإِنَّهُ لَا تُقَدَّمُ بِهِ ^(٢٥) دَعْوَاهُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا نَوْعٌ مِنَ اللَّقْطَةِ ، فَقَدَّمَ بِوَصْفِهَا ، كَلَقْطَةِ الْمَالِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى قُوَّةِ يَدِهِ ، فَكَانَ مُقَدِّمًا بِهَا . وَقِيَاسُ اللَّقِيطِ

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣ - ٢٤) في م : إلى نيتته .

(٢٤) تقدم ترجمته في : ٥٢٥/٦ .

(٢٥) في م : له .

على اللقطة أولى من قياسه على غيرها ؛ لأن اللقيط لقطة أيضا . وإن كان لأحدهما بيّنة ،
 قُدِّمَ بها . وإن كان لكل واحد منهما بيّنة ، قُدِّمَ أَسْبَقُهُمَا تاريخًا ؛ لأنَّ الثاني إنما أَخَذَ
 مِمَّنْ قَدْ ثَبَتَ الْحَقُّ فِيهِ لغيره . وإن استوى تاريخُهُمَا ، أو أُطْلِقَتَا معًا ، أو أُرِخَتْ
 إحداهما وأُطْلِقَتِ الأُخْرَى ، فقد تَعَارَضَتَا . وهل يَسْقُطَانِ أو يُسْتَعْمَلَانِ ؟ فيه
 وجهان ؛ أحدهما ، يَسْقُطَانِ ، فيصيرَانِ كمن لا بيّنة لهما . والثاني ، يُسْتَعْمَلَانِ ،
 ويُقَرَّعُ بينهما ، فمن قرع صاحبه كان أولى . وسنذكر ذلك في بابهِ ، إن شاء الله تعالى .
 وإن كان اللقيط في يد أحدهما ، فهل تُقَدِّمُ بيّنته على بيّنة الآخر ، أو تُقَدِّمُ بيّنة الخارج ؟
 فيه وجهان ، مبيّنان على الروايتين في دَعْوَى المَالِ . وإن كان أحد المتداعيين ممَّنْ لا
 تُقَرُّ يده على اللقيط ، أقرَّ في يد الآخر ، ولم يُلْتَفَتْ إِلَى دَعْوَى من لا يُقَرُّ في يده بحال .

٩٥٤ - مسألة ؛ قال : (وإن ادَّعاه مُسْلِمٌ وكَافِرٌ ، أَرَى الْقَافَةَ ، فَإِيهِمَا ^(١))
 الْحَقُّوهُ لِحَقِّ)

يعنى إذا ادَّعَى نَسَبُهُ ، فلا تَحْلُو دَعْوَى نَسَبِ اللَّقِيطِ من قِسْمَيْنِ ؛ أحدهما ، أن
 يَدَّعِيَهُ واحدٌ يَنْفَرِدُ بِدَعْوَاهُ ، فيَنْظُرُ ؛ فإن كان المُدَّعِي رَجُلًا مُسْلِمًا حُرًّا ، لِحَقِّ نَسَبِهِ
 به ، بغير خِلَافٍ بين أَهْلِ الْعِلْمِ ، إذا أمكن أن يكونَ منه ؛ لأنَّ الإِقْرَارَ مَحْضُ نَفْعٍ
 لِلطِّفْلِ لِاتِّصَالِ نَسَبِهِ ، ولا مَضَرَّةَ على غيره فيه ، فُقِبِلَ ، كَالوَاقِرِّ لَهُ بِمَالٍ . ثم إن كان
 الْمُقَرُّ به مُلْتَقِطُهُ ، أقرَّ في يده . وإن كان غيره ، فله أن يَنْتَزِعَهُ من المُلْتَقِطِ ؛ لأنَّه قد
 ثَبَتَ أَنَّهُ أبوه ، فيكونُ أَحَقُّ بَوَلَدِهِ ، كَالوَاقِمَتِ بِهِ بِبَيِّنَةٍ . وإن كان المُدَّعِي له عَبْدًا ،
 لِحَقِّ به أيضا ؛ لأنَّ لِمَالِهِ حُرْمَةً ، فَلِحَقِّ به نَسَبُهُ كَالْحُرِّ . وهذا قولُ الشافعيِّ ، وغيره ،
 غيرَ أَنَّهُ لا تُثَبِّتُ لَهُ حَضَانَةٌ ؛ لأنَّه مَشْغُولٌ بِخِدْمَةِ سَيِّدِهِ ، ولا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ؛ لأنَّه
 لا مَالَ لَهُ ، ولا على سَيِّدِهِ ؛ لأنَّ الطِّفْلَ مُحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، فتكونُ نَفَقَتُهُ في بَيْتِ المَالِ .
 وإن كان المُدَّعِي ذِمِّيًّا ، لِحَقِّ به ؛ / لأنَّه أَقْوَى من العَبْدِ في ثُبُوتِ الْفِرَاشِ ، فَإِنَّهُ يُثَبِّتُ

و ٢١٠/٥

(١) في م : « فإيهما » .

له بالتكاح والوطء في الملك . وقال أبو ثور : لا يلحق به ؛ لأنه محكوم بإسلامه . ولنا ، أنه أقر بنسب مجهول النسب ، يمكن أن يكون منه ، وليس في إقراره إضراراً بغيره ، فيثبت إقراره ، كالمسلم . إذا ثبت هذا ، فإنه يلحق به في (٢) النسب لا في الدين ، ولا حق له في حضائته . وقال الشافعي ، في أحد قوليّه : يتبعه في دينه ؛ لأن كل (٣) ما لحقه في نسبه يلحق به في دينه (٢) ، كالبينة ، إلا أنه يحال بينه وبينه ، ولنا ، أن هذا حكم بإسلامه ، فلا يقبل قول الذمي في كفره ، كما لو كان معروفاً بالنسب ؛ ولأنها دعوى تخالف الظاهر ، فلم تقبل بمجردها ، كدعوى رقه ، ولأنه لو تبعه في دينه لم يقبل إقراره بنسبه ؛ لأنه يكون إضراراً به ، فلم تقبل ، كدعوى الرق . أمّا مجرد (٤) النسب بدون اتباعه في الدين ، فمصلحة عارية عن الضرر ، فقبل قوله فيه . ولا يجوز قبوله فيما هو أعظم ؛ الضرر ، والخزي في الدنيا والآخرة . وإن كان المدعى امرأة ، فاختلف (٥) عن أحمد ، رحمه الله ، فروى أن دعوها (٦) تقبل ، ويلحقها نسبه ؛ لأنها أحد الأبوين ، فيثبت (٧) النسب بدعواها ، كالأب ، ولأنه يمكن أن يكون منها ، كما (٨) يمكن أن يكون ولد الرجل ، بل أكثر ؛ لأنها تأتي به من زوج ، ووطء يشبهة ، ويلحقها ولدها من الرئي دون الرجل ، ولأن في قصة داود وسليمان ، عليهما السلام ، حين تحاكم إليهما امرأتان كان لهما ابنان ، فذهب الذئب بأحدهما ، فادّعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها ، وأن الذي أخذه الذئب ابن الأخرى ، فحكم به

(٢) في م : من .

(٣ - ٣) في الأصل : « ما لحق به نسبه لحق به في دينه » .

(٤) في م : بمجرد .

(٥) أي النقل .

(٦) في م : دعوتها .

(٧) في م : ثبت .

(٨ - ٨) سقط من : م .

داوُدُ لِلْكُبْرَى ، وَحَكَمَ بِهِ سُلَيْمَانُ لِلْأُخْرَى ، بِمَجَرَّدِ الدَّعْوَى مِنْهُمَا^(٩) . وَهَذَا قَوْلُ
بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، يَلْحَقُ بِهَا دُونَ زَوْجِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ
أَنْ يَلْحَقَهُ نَسَبٌ وَلَدٌ لَمْ يُعْرِ بِهِ . وَكَذَلِكَ إِذَا ادَّعَى الرَّجُلُ نَسَبَهُ ، لَمْ يَلْحَقْ بِزَوْجَتِهِ .
فَإِنْ قِيلَ : الرَّجُلُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ امْرَأَةٍ أُخْرَى ، أَوْ مِنْ أَمَتِهِ ، وَالْمَرْأَةُ لَا يَحِلُّ
لَهَا نِكَاحٌ غَيْرُ زَوْجِهَا ، وَلَا يَحِلُّ وَطْؤُهَا لِغَيْرِهِ . قُلْنَا : يُمَكِّنُ أَنْ تَلِدَ مِنْ وَطْءٍ شَبِيهِ أَوْ
غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا قَبْلَ^(١٠) أَنْ يَتَزَوَّجَهَا هَذَا^(١١) الزَّوْجُ ،
أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ مِنْ زَوْجٍ آخَرَ . فَإِنْ قِيلَ : إِنَّمَا قِيلَ الْإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ مِنَ الزَّوْجِ ، لِمَ فِيهِ
مِنَ الْمَصْلَحَةِ ، بِدَفْعِ الْعَارِ عَنِ الصَّبِيِّ ، وَصِيَّاتِهِ عَنِ النَّسَبِ إِلَى كَوْنِهِ وَلَدَ زَيْنَى ، وَلَا
يَحْصُلُ هَذَا بِالْحَاقِ نَسَبِهِ بِالْمَرْأَةِ ، بَلْ فِي^(١٢) الْإِحَاقَةِ^(١٣) بِهَا دُونَ زَوْجِهَا تَطَرُّقُ
الْعَارِ^(١٤) إِلَيْهِ وَإِلَيْهَا . قُلْنَا : بَلْ قِيلَ دَعَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعَى حَقًّا لَا مُنَازَعَ لَهُ فِيهِ ، وَلَا
مَضَرَّةَ عَلَى أَحَدٍ فِيهِ ، فَقِيلَ قَوْلُهُ فِيهِ ، كَدَعَاؤِ الْمَالِ ، وَهَذَا مُتَحَقِّقٌ فِي دَعْوَى الْمَرْأَةِ .
وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّهَا إِنْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ بِدَعَاؤِهَا ، لِإِفْضَائِهِ إِلَى الْإِحَاقِ
النَّسَبِ بِزَوْجِهَا بِغَيْرِ إِقْرَارِهِ وَلَا رِضَاةٍ ، أَوْ إِلَى أَنْ^(١٥) امْرَأَتُهُ وَطِئَتْ بِزَيْنَى أَوْ بِشَبِيهِ^(١٦) ،
وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌ عَلَيْهِ ، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهَا فِيمَا يُلْحَقُ الضَّرَرُ بِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا زَوْجٌ ، قِيلَتْ
دَعَاؤُهَا لِعَدَمِ هَذَا الضَّرَرِ . وَهَذَا أَيْضًا وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالرِّوَايَةُ الثَّالِثَةُ ،

(٩) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَهَبْنَا لِدَاوُدَ سُلَيْمَانَ نَعَمَ الْعَبْدَ ... ﴾ ، مِنْ كِتَابِ الْأَنْبِيَاءِ ،
وَفِي : بَابِ إِذَا ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ ابْنًا ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٤/ ١٩٨ ، ٨/ ١٩٤ ، ١٩٥ . وَالنَّسَائِيُّ ،
فِي : بَابِ حُكْمِ الْحَاكِمِ بِعِلْمِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ . الْمَجْتَبَى ٨/ ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ الْمَرَاتَيْنِ
تَدْعِيَانِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَصْنُفُ ٧/ ٣٦٢ .

(١٠ - ١٠) فِي الْأَصْلِ : « تَزَوَّجَهَا بِهَذَا » .

(١١) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٢) فِي م : « الْإِحَاقَةُ » .

(١٣) فِي م : « لِلْعَارِ » .

(١٤) فِي م : « أَوْ » .

(١٥) فِي م : « شَبِيهِ » .

نَقَلَهَا الْكَوَسُجُّ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي امْرَأَةٍ ادَّعَتْ وَلَدًا : إِنْ كَانَ لَهَا إِخْوَةٌ أَوْ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، لَا تُصَدَّقُ إِلَّا بَيِّنَةٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا دَافِعٌ ، لَمْ يُحَلْ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهَا أَهْلٌ وَنَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، لَمْ تَخَفْ وَلَا دَثُّهَا عَلَيْهِمْ ، وَيَتَضَرَّرُونَ بِالْحَاقِ النَّسَبِ بِهَا ، لِمَا فِيهِ مِنْ تَغْيِيرِهِمْ بَوْلَادَتِهَا مِنْ غَيْرِ زَوْجِهَا ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا أَهْلٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ النَّسَبُ بِدَعْوَاهَا بِحَالٍ . وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ النَّسَبَ لَا يَثْبُتُ بِدَعْوَى الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّهَا يُمَكِّنُهَا إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْوِلَادَةِ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا بِمُجَرَّدِهِ ، كَمَا لَوْ عَلَّقَ زَوْجُهَا طَلَاقَهَا بِوِلَادَتِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، فَأَشْبَهَتْ الْأَبَ ، وَإِمَّا كَانَ الْبَيِّنَةُ لَا يَمْنَعُ قَبُولَ الْقَوْلِ ، كَالرَّجُلِ ، فَإِنَّهُ تُمَكِّنُهُ إِقَامَةُ ^(١٦) الْبَيِّنَةِ أَنَّ هَذَا وَلَدٌ ^(١٧) عَلَى فِرَاشِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي أُمَةً ، فَهِيَ كَالْحُرَّةِ ، إِلَّا أَنَّنَا إِذَا قَبَلْنَا دَعْوَاهَا فِي نَسَبِهِ ، لَمْ نَقْبَلْ قَوْلَهَا فِي رِقِّهِ ؛ لِأَنَّنَا لَا نَقْبَلُ الدَّعْوَى فِيمَا يَضُرُّهُ ، كَمَا لَمْ نَقْبَلِ الدَّعْوَى فِي كُفْرِهِ إِذَا ادَّعَى نَسَبَهُ كَافِرٌ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَدَّعِيَ نَسَبَهُ اثْنَانِ فِصَاعِدًا ، وَالْكَلَامُ فِي ذَلِكَ فِي فُصُولٍ :

أَحَدُهَا : أَنَّهُ إِذَا ادَّعَاهُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ ، أَوْ حُرٌّ وَعَبْدٌ ، فَهُمَا سَوَاءٌ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْمُسْلِمُ أَوْلَى مِنَ الذَّمِّيِّ ، وَالْحُرُّ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ عَلَى اللَّقِيطِ ضَرَرًا فِي إِلْحَاقِهِ بِالْعَبْدِ وَالذَّمِّيِّ ، فَكَانَ إِلْحَاقُهُ بِالْحُرِّ الْمُسْلِمِ أَوْلَى ، كَمَا لَوْ تَنَازَعُوا فِي الْحَضَانَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ ^(١٨) مِنْهُمَا إِذَا ^(١٩) انْفَرَدَ صَحَّحَتْ دَعْوَاهُ ، فَإِذَا تَنَازَعُوا ، / تَسَاوَوْا فِي الدَّعْوَى ^(٢٠) ، كَالْأَحْرَارِ الْمُسْلِمِينَ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الضَّرَرِ لَا يَتَحَقَّقُ ، فَإِنَّا لَا نَحْكُمُ بِرِقِّهِ وَلَا كُفْرِهِ . وَلَا يُشْبِهُ النَّسَبُ الْحَضَانَةَ ، بِدَلِيلِ أَنَّنَا نَقْدُمُ

و ٢١١/٥

(١٦) سقط من : م .

(١٧) في الأصل : « الولد » .

(١٨ - ١٩) في م : « لو » .

(١٩) في الأصل : « دعواه » .

في الحَضَانَةِ الْمُوسِرَ وَالْحَضَرِيَّ ، وَلَا تُقَدَّمُهُمَا فِي دَعْوَى النَّسَبِ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّ :
 إِذَا كَانَ عَبْدٌ ، امْرَأَتُهُ أُمَةٌ ، فِي أَيْدِيهِمَا صَبِيٌّ ، فَادَّعَى رَجُلٌ مِنَ الْعَرَبِ امْرَأَتَهُ عَرَبِيَّةً أَنَّهُ
 ابْنُهُ مِنْ امْرَأَتِهِ ، فَأَقَامَ الْعَبْدُ بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ ^(٢٠) أَنَّهُ ابْنُهُ ^(٢١) ، فَهُوَ ابْنُهُ فِي قَوْلِ أَيْ تَوْرٍ وَغَيْرِهِ .
 وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُقْضَى بِهِ لِلْعَرَبِيِّ ، لِلْعَتَقِ الَّذِي يَدْخُلُ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ
 الْمُدَّعِي مِنَ الْمَوَالِي عَبْدَهُمْ . وَقَوْلُهُمْ هَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ وَغَيْرَهُمْ فِي
 أَحْكَامِ اللَّهِ وَلِحُوقِ النَّسَبِ بِهِمْ سَوَاءٌ .

الفصل الثاني : أَنَّهُ إِذَا ادَّعَاهُ اثْنَانِ ، فَكَانَ لِأَحَدِهِمَا بِهِ بَيِّنَةٌ ، فَهُوَ ابْنُهُ . وَإِنْ أَقَامَا
 بَيِّنَتَيْنِ ، تَعَارَضَتَا ، وَسَقَطَتَا ، وَلَا يُمْكِنُ اسْتِنْعَامُهُمَا هَهُنَا ؛ لِأَنَّ اسْتِنْعَامَهُمَا فِي الْمَالِ
 إِمَّا بِقِسْمَتِهِ بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَيْهِ هَهُنَا ، وَإِمَّا بِالْإِفْرَاعِ بَيْنَهُمَا ، وَالْقُرْعَةَ لَا
 يَقْبُضُ بِهَا النَّسَبُ . فَإِنْ قِيلَ : فَإِنَّ ثُبُوتَهُ هَهُنَا يَكُونُ بِالْبَيِّنَةِ لَا بِالْقُرْعَةِ ، وَإِنَّمَا الْقُرْعَةُ
 مُرْجَحَةٌ . قُلْنَا : فَيَلْزَمُ أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَكَ رَجُلَانِ فِي وَطْءِ امْرَأَةٍ ، فَاتَتْ بِوَلَدٍ ، أَنَّ ^(٢٢)
 يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، وَيَكُونُ لِحُوقِهِ بِالْوُطْءِ لَا بِالْقُرْعَةِ .

الفصل الثالث : أَنَّهُ إِذَا لَمْ تَكُنْ بِهِ ^(٢٣) بَيِّنَةٌ ، أَوْ تَعَارَضَتْ بِهِ بَيِّنَتَانِ ، وَسَقَطَتَا ، فَإِنَّمَا
 نُزِيرُهُ الْقَافَةَ مَعَهُمَا ، أَوْ مَعَ عَصِيَّتَيْهِمَا عِنْدَ فَقْدِهِمَا ، فَنُلْحِقُهُ بِمَنْ أَلْحَقْتُهُ بِهِ مِنْهُمَا . هَذَا
 قَوْلُ أَكْثَرِ ، وَعَطَاءٌ ، وَيَزِيدُ بْنُ عَبْدِ الْمَلِكِ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَاللَّيْثُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو
 ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا حُكْمَ لِلْقَافَةِ ، وَيُلْحَقُ بِالْمُدَّعِيَيْنِ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ
 بِالْقَافَةِ تَعْوِيلٌ عَلَى مُجَرَّدِ الشَّيْبِ وَالظَّنِّ وَالتَّحْمِينِ ، فَإِنَّ الشَّيْبَ يُوجَدُ بَيْنَ الْأَجَانِبِ ،
 وَيَنْتَفِي بِبَيْنِ الْأَقَارِبِ ، وَلِهَذَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّ رَجُلًا أَتَاهُ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ
 اللَّهِ ، إِنَّ امْرَأَتِي وَلَدَتْ غُلَامًا أَسْوَدَ ، فَقَالَ : « هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ ؟ » قَالَ :

(٢٠ - ٢١) سقط من : الأصل .

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) سقط من : الأصل .

نعم . قال : « فَمَا أَلَوَانَهَا ؟ » . قال : حُمْرٌ . قال : « فَهَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقٍ ؟ » قال : نعم . قال : « أَتَى أَتَاهَا ذَلِكَ ؟ » قال : لَعَلَّ عِرْقًا تَزْعُ . قال : « وَهَذَا لَعَلَّ عِرْقًا تَزْعُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٢٣) . قالوا : ولو كان الشَّيْبُ كَافِيًا لَأَكْتَفَى بِهِ فِي وَلَدِ الْمُلَاعِنَةِ ، وفيما إذا أَقَرَّ أَحَدُ الْوَرَثَةِ بِأَخٍ وَأَنكَرَهُ الْبَاقُونَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَنْ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَلَ عَلَيْهَا يَوْمًا مَسْرُورًا ، ثَبَرَتْ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ / ، فَقَالَ : « أَلَمْ تَرَى أَنَّ مُجَزَّزَ الْمُدْلِجِيِّ نَظَرَ أَنْفَالًا إِلَى زَيْدٍ وَأَسَامَةَ ، وَقَدْ غَطَّيَارُ عَوْسَهُمَا ، وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا ، فَقَالَ : إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ ؟ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٢٤) . فَلَوْ لَا جَوَازُ الْاعْتِمَادِ عَلَى الْقَافَةِ لَمَاسَرَّ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلَا اعْتَمَدَ عَلَيْهِ . وَلَأنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَضَى بِهِ بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يَنْكَرْهُ مُنْكَرٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي وَلَدِ الْمُلَاعِنَةِ : « انْظُرُوا هَا ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ حَمَشَ السَّاقَيْنِ » (٢٥) كَأَنَّهُ وَحَرَةٌ (٢٦) فَلَا رَأْيَ إِلَّا قَدْ كَذَبَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أُنْكَحَلْ ، جَعْدًا ، جُمَالِيًا (٢٧) ، سَابِعُ الْإِثْنَيْنِ ، خَدَلَجَ السَّاقَيْنِ (٢٨) ، فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيتَ بِهِ . فَأُثِّتَ بِهِ عَلَى النَّعْتِ

(٢٣) أخرجه البخارى ، فى : باب من شبه أصلًا معلوما ... ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى ١٢٥/٩ . ومسلم ، فى : كتاب اللعان ، صحيح مسلم ١١٣٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب إذا شك فى الولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٢٥/١ . والنسائى ، فى : باب إذا عرض بامرأته ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٤٦/٦ ، ١٤٧ .

(٢٤) أخرجه البخارى ، فى : باب صفة النبى ﷺ ، من كتاب المناقب ، وفى : باب مناقب زيد بن حارثة مولى النبى ﷺ ، من كتاب الفضائل ، وفى : باب القائف ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٢٢٩/٤ ، ٢٩/٥ ، ١٩٥/٨ . ومسلم ، فى : باب العمل بالحق القائف لولد ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٨٢ ، ١٠٨١/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى القافة ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٢٦/١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى القافة ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٢٩٠/٨ ، ٢٩١ . والنسائى ، فى : باب القافة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٥١/٦ ، ١٥٢ . وابن ماجه ، فى : باب القافة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٨٢/٦ ، ٢٢٦ .

(٢٥) حمش الساقين : أى رقيقهما . وفى النسخ : « أحمش » .

(٢٦) الوحرة : وزغة ، كسام أبرص .

(٢٧) جمالى : ضخم الأعضاء تام الأوصال ، كأنه الحمل .

(٢٨) خدلج الساقين : ممتلئهما .

المَكْرُوه ، فقال النبي ﷺ : « لَوْلَا الْإِيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ »^(٢٩) . فقد حَكَمَ به النبي ﷺ للذي أَشَبَّهُهُ مِنْهُمَا . وقوله : « لَوْلَا الْإِيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » . يَدُلُّ على أَنَّهُ لم يَمْنَعُهُ مِنَ الْعَمَلِ بِالشَّبْهِ إِلَّا الْإِيمَانُ ، فَإِذَا اتَّفَقَ الْمَانِعُ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهِ لَوْ جُودِ مُقْتَضِيهِ . وكذلك قول النبي ﷺ في ابْنِ أُمِّةٍ زَمْعَةَ ، حين رَأَى بِهِ شَبَهَا بَيْنَنَا بِعُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَاصِرٍ : « اخْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ »^(٣٠) . فَعَمِلَ بِالشَّبْهِ فِي حُجُبِ سَوْدَةَ عَنْهُ . فَإِنْ قِيلَ : فَالْحَدِيثَانِ حُجَّةٌ عَلَيْكُمْ ، إِذْ لم يَحْكَمْ النبي ﷺ بِالشَّبْهِ فِيهِمَا ، بَلِ الْحَقُّ الْوَلَدُ بِزَمْعَةَ ، وَقَالَ لَعَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاوِرِ الْحَجَرِ » . ولم يَعْمَلْ بِشَبْهِ وَلَدِ الْمُلَاعِنَةِ فِي إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا ، لِشَبْهِهِ بِالْمَقْدُوفِ . قُلْنَا : إِنَّمَا لم يَعْمَلْ بِهِ فِي ابْنِ أُمِّةٍ^(٣١) زَمْعَةَ ؛ لِأَنَّ الْفِرَاشَ أَقْوَى ، وَتَرَكَ الْعَمَلُ بِالْبَيِّنَةِ لِمُعَارِضَةٍ مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهَا^(٣٢) ، لَا يُوجِبُ الْإِعْرَاضُ عَنْهَا^(٣٣) إِذَا خَلَّتْ عَنِ الْمُعَارِضِ^(٣٤) . وكذلك تَرَكَ إِقَامَةَ الْحَدِّ عَلَيْهَا مِنْ أَجْلِ أَيْمَانِهَا ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ : « لَوْلَا الْإِيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » . على أَنَّ ضَعْفَ الشَّبْهِ عَنْ إِقَامَةِ الْحَدِّ لَا يُوجِبُ ضَعْفَهُ

(٢٩) حديث هلال بن أمية أخرجه البخاري ، في : باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البيعة ... ، من كتاب الشهادات ، وفي : باب ويدرأ عنها العذاب ... ، من كتاب التفسير ، وفي : باب يبدأ الرجل بالتلاعن ، وباب التلاعن في المسجد ، ووباب قول النبي ﷺ : لو كنت راجعا بغير بيعة ، وباب قول الإمام : اللهم بين ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٢٣٣/٣ ، ١٢٦/٦ ، ٦٩/٧ - ٧٢ . ومسلم ، في : كتاب اللعان . صحيح مسلم ١١٣٤/٢ . وأبو داود ، في : باب في اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢١/١ - ٥٢٥ . والترمذي ، في : باب تفسر سورة النور ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٤٥/١ ، ٤٦ . والنسائي ، في : باب اللعان في قذف الرجل زوجته برجل بيعة ، وباب كيف اللعان ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٤٠/٦ ، ١٤١ . وابن ماجه ، في : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٦٨/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٤٢/٣ ، ٢٣٩ ، ٢٣٨/١ .

(٣٠) تقدم تخريجه في : ٣١٦/٧ .

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) في م : منه .

(٣٣) في م : عنه .

(٣٤) في الأصل : « المعارضة » .

عن إلحاق النسب ، فإنَّ الحدَّ في الرُّئي لا يثبتُ إلَّا بأقوى البيِّنات ، وأكثرها عددًا ، وأقوى الإقرار ، حتى يُعْتَبَر فيه تَكَرُّره أربع مرَّاتٍ ، ويُذَرُّ بالشُّبهات ، والنَّسَبُ يثبتُ بشهادة امرأَةٍ واحدةٍ على الولادة ، ويثبتُ بمجرَّد الدَّعوى ، ويثبتُ مع ظهور اثبتائه ، حتى لو أن امرأةً أتت بولَدٍ وزوجها غائبٌ عنها منذ عشرين سنةً ، لحقَّه ولَدُها ، فكيف يحتجُّ على نفْيهِ بعدمِ إقامة الحدِّ ! ولأنَّه حكَمَ بظنِّ غالبٍ ، ورأى راجحٍ ، ممَّن هو من أهلِ الخبرة ، فجاز ، كقول المُقَوِّمين / . وقولهم : إنَّ الشُّبَّةَ يجوزُ وجُوده ^{٣٥} وعَدَمُه . قلنا : الظاهرُ وجُوده ^{٣٥} ، ولهذا قال : النبي ﷺ حين قالت أم سلمة : أو ترى ذلك المرأة ؟ قال : « فَمِنْ أَيْنَ يَكُونُ الشُّبَّةُ ؟ » ^(٣٦) . والحديثُ الذي احتجَّوا به حُجَّةٌ عليهم ؛ لأنَّ إنكارَ الرَّجُلِ وَلَدَه لمُخَالَفةٌ لَوْنِه ، وعزْمُه على نفْيهِ لذلك ، يدلُّ على أنَّ العادةَ خلافُه ، وأنَّ في طَباعِ الناسِ إنكارَه ، وأنَّ ذلك إمَّا يُوجَدُ نادرًا ، وإمَّا ألحقَه النبي ﷺ به لوجودِ الفِراشِ ، وتجوُّزُ مُخَالَفةِ الظاهرِ لدليلٍ ، ولا يجوزُ تركُه من غيرِ دليلٍ ، ولأنَّ ضَعْفَ الشُّبَّةِ عن نفْيِ النَّسَبِ لا يُلْزَمُ منه ضَعْفُه عن إثباتِه ، فإنَّ النَّسَبَ يُحْتَاطُ لإثباتِه ، ويثبتُ بأدنى دليلٍ ، ويلزَمُ من ذلك التَّشديدُ في نفْيهِ ، وأنَّه لا يتنَفَّى إلَّا بأقوى الأدلَّةِ ، كما أنَّ الحدَّ لَمَّا اتَّفَقَ بالشُّبَّةِ ، لم يثبتُ إلَّا بأقوى دليلٍ ، فلا يُلْزَمُ حينئذٍ من المنعِ من نفْيهِ بالشُّبَّةِ في الحَبَرِ المذكورِ ، أن لا يثبتَ به النَّسَبُ في مسألتنا . فإن قيل : فهذه إن عَمِلْتُمْ بالقَافَةِ فقد نفَيْتُم النَّسَبَ عَمَّن لم تُلحقه القَافَةُ به . قلنا : إمَّا اتَّفَقَ النَّسَبُ ههنا لِعَدَمِ دليِّله ؛ لأنَّه لم يوجَدْ إلَّا مُجرَّد الدَّعوى ، وقد عارضَها مثلُها ، فسَقَطَ حُكْمُها ، وكان الشُّبَّةُ مُرَجَّحًا لأحدهما ، فانتفتت دَلالةُ أخرى ، فلزِمَ انْتِفَاءُ النَّسَبِ لانتِفَاءِ دليِّله ، وتقدُّيمُ اللَّعَانِ عليه لا يَمْنَعُ العَمَلَ به عندَ عَدَمِهِ ، كاليدِ تُقدِّمُ عليها البيِّنَةُ ، ويُعْمَلُ بها .

(٣٥ - ٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) تقدم تخريجه في : ٢٦٥/١ . ويضاف إليه : وأخرجه البخارى ، في : باب الحياة في العلم ، من كتاب العلم ، وفي : باب قول الله تعالى ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾ ، من كتاب الأنبياء . صحيح البخارى ٤٤/١ ، ١٦٠/٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٢/٦ ، ٣٠٦ ، ٣٧٧ .

فصل : والقافة قوم يعرفون الأنساب بالشبه ، ولا يختص ذلك بقبيلة معينة ، بل من عرف منه المعرفة بذلك ، وتكررت منه الإصابة ، فهو قائف . وقيل : أكثر ما يكون في بني مذليج رَهْط مُجَزِّز المذليجي الذي رأى أسامة وأباه زيداً قد غطيا رؤوسهما ، وبذت أقدامهما ، فقال : « إن هذه الأقدام بغضها من بغض » . وكان إياس بن معاوية المزني قائفاً ، وكذلك قيل في شريح . ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً ، عدلاً ، مجرباً في الإصابة ، حراً ؛ لأن قوله حكم ، والحكم يُعتبر له هذه الشروط . قال القاضي : وتُعتبر معرفة القائف بالتجربة ، وهو أن يترك الصبي هذه عشرة من الرجال غير من يدهيه ، ويرى إياهم ، فإن ألحقه بواحد منهم سقط قوله ؛ لأننا تبيننا^(٣٧) خطاه ، وإن لم يلحقه بواحد منهم ، أريناه إياه مع عشرين فيهم مدعيه ، فإن ألحقه به لحق ، ولو اعتبر بأن يرى صبياً^(٣٨) معروف النسب^(٣٩) مع قوم / فيهم ٢١٢/٥ ظ

أبوه أو أخوه ، فإذا ألحقه بقريبه ، علمت إصابته ، وإن ألحقه بغيره ، سقط قوله ، جاز . وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاختياط في معرفة إصابته ، وإن لم تجربته في الحال ، بعد أن يكون مشهوراً بالإصابة وصحة المعرفة في مرات كبيرة ، جاز . وقدرونا أن رجلاً شريفاً شك في ولده من جاريته ، وأبى أن يستلحقه ، فمر به إياس ابن معاوية في المكتب ، وهو لا يعرفه ، فقال : ادع لي أباك . فقال له المعلم : ومن أبو هذا؟ قال : فلان . قال : من أين علمت أنه أبوه؟ قال : هو أشبه به من الغراب بالغراب . فقام المعلم مسروراً إلى أبيه ، فأعلمه بقول إياس ، فخرج الرجل وسأل إياساً ، فقال : من أين علمت أن هذا ولدي؟ فقال : سبحان الله ، وهل يخفى ولدك^(٣٩) على أحد ، إنه لأشبه^(٤٠) بك من الغراب بالغراب . فسر الرجل ، واستلحق ولده .

(٣٧) في الأصل : « نتبين » .

(٣٨ - ٣٨) في الأصل : « معروفا » .

(٣٩) سقط من : م .

(٤٠) في : « أشبه » .

وهل يُقْبَلُ قولٌ واحدٌ ، أو لا يُقْبَلُ إِلَّا قولُ اثْنَيْنِ ؟ فظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه لا يُقْبَلُ إِلَّا قولُ اثْنَيْنِ ، فإنَّ الأثرَ رَوَى عنه ، أنَّه قيلَ له : إذا قالَ أحدُ القَافَةِ : هو هذا . وقال الآخرُ : هو هذا ؟ قال : لا يُقْبَلُ واحدٌ حتى يَجْتَمِعَ اثنانِ ، فيكونانِ شاهِدَيْنِ . فإذا شَهِدَ اثنانِ من القَافَةِ أنَّه هذا ، فهو هذا ؛ لأنَّه قولٌ يَثْبُتُ به النَّسَبُ ، فأشَبَّهَ الشَّهَادَةَ . وقال القاضي : يُقْبَلُ قولُ الواحدِ ؛ لأنَّه حُكْمٌ ، ويُقْبَلُ في الحُكْمِ قولُ واحدٍ . وحَمَلَ كلامَ أحمدَ على ما إذا عَارَضَ قولُ القائِفَيْنِ ، فقال : إذا خالَفَ القائِفُ غيرَه ، تَعَارَضَا وسَقَطَا . وإن قال اثنانِ قولًا ، وخالَفَهُما واحدٌ ، فَقَوْلُهُما أَوْلَى ؛ لأنَّهُما شاهِدَانِ ، فَقَوْلُهُما أَقْوَى من قولِ واحدٍ . وإن عَارَضَ قولُ اثْنَيْنِ قولُ اثْنَيْنِ ، سَقَطَ قولُ الجَمِيعِ . وإن عَارَضَ قولُ الاثْنَيْنِ ثَلَاثَةً فَأَكْثَرَ ^(٤١) ، لم يُرْجَعْ ، وسَقَطَ الجَمِيعُ ، كما لو كانت إحدَى البَيِّنَتَيْنِ اثْنَيْنِ ، والأُخْرَى ثَلَاثَةً ^(٤٢) أو أَكْثَرَ ^(٤٣) . فأما إنَّ الحَقَّقَةَ القَافَةَ بواحدٍ ، ثم جاءتْ قَافَةٌ أُخْرَى فَالْحَقَّقَةُ بآخر ، كانَ لَاحِقًا بِالأَوَّلِ ؛ لأنَّ القائِفَ جَرَى مَجْرَى حُكْمِ الحَاكِمِ ، ومتى حَكَمَ الحَاكِمُ حُكْمًا لم يَنْتَقِضْ بِمُخَالَفَةِ غيرِه له . وكذلك إنَّ الحَقَّقَةَ بواحدٍ ، ثم عَادَتْ فَالْحَقَّقَةُ بِغيرِه ؛ لذلك . فإن أقامَ الأخرُ بَيِّنَةً أَنَّهُ وَلَدُهُ ، حَكَمَ له به ، وسَقَطَ قولُ القائِفِ ؛ لأنَّه بَدَلٌ ، فَيَسْقُطُ بوجُودِ الأَصْلِ ، كالتَّيْمُمِ مع المَاءِ .

و ٢١٣/٥

فصل : وإنَّ الحَقَّقَةَ القَافَةَ بِكافِرٍ أو رِيقِي ، لم يُحْكَمْ / بِكُفْرِهِ ولا رِقَةٍ ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ والإِسْلَامَ ثَبَّتَا لَهُ بِظَاهِرِ الدَّارِ ، فلا يَزُولُ ذلكَ بِمُجَرَّدِ الشَّيْبِ وَالظَّنِّ ، كما لم يَزُلْ ذلكَ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى مِنَ الْمُتَنَفِّرِ . وإنَّما قَبَلْنَا قولَ القائِفِ في النَّسَبِ ، لِلحَاجَةِ إلى إِبْتَائِهِ ، وَلِكَوْنِهِ غيرَ مُخَالَفٍ لِلظَّاهِرِ ، ولهذا اكْتَفَيْنَا بِهِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى مِنَ الْمُتَنَفِّرِ ، ولا حَاجَةَ إلى إِبْتَائِهِ ^(٤٣) رِقَهُ وَكُفْرِهِ ، وإِثْبَاتُهُما يُخَالَفُ الظَّاهِرَ .

فصل ^(٤٤) : ولو ادَّعَى نَسَبَ اللَّقِيطِ إِنْسانًا ، فَالْحَقُّ نَسَبُهُ به ، لا تَفْرَادُهُ

(٤١) ق م : : أو أكثر .

(٤٢ - ٤٣) ق م : : فأكثر .

(٤٣) ق الأصل : : إِبْتَائِهِ .

(٤٤) سقط من : م .

بالدَعْوَى ، ثم جاءَ آخَرُ فادَّعاهُ ، لم يُزَلْ نَسَبُهُ عن الأول ؛ لأنه حُكِمَ له^(٤٥) به ، فلا يُزُولُ بِمَجْرَدِ الدَّعْوَى . فإنَّ الْحَقَّةَ به القافَّةُ ، لِحَقِّ به ، وانْقَطَعَ عن الأول ؛ لأنها يَبْتَنَى^(٤٦) في إلحاقِ النَّسَبِ ، وَيُزُولُ بها الْحُكْمُ الثَّابِتُ بِمَجْرَدِ الدَّعْوَى ، كالشَّهَادَةِ .

فصل^(٤٦) : وإذا ادَّعاهُ اثنانِ ، فَالْحَقَّةُ القافَّةُ بهما ، لِحَقِّ بهما ، وكان ابْنُهُما ، يَرْتَبُهُمَا مِيراثَ ابْنٍ ، وَيَرْتَبُهُ جَمِيعًا مِيراثَ أَبٍ وَاحِدٍ . وهذا يَرَوَى عن عمرَ ، وعلىَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا . وهو قولُ أَبِي ثَوْرٍ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بهما بِمَجْرَدِ الدَّعْوَى . وقال الشافعيُّ : لا يُلْحَقُ بِأَكْثَرِ من والدٍ ، فإذا ألْحَقْتُهُ بهما سَقَطَ قَوْلُهُما ، ولم يُحْكَمْ لهما . واحتجَّ بِرِوَايَةِ عن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّ القافَّةَ قالت : قد اشتركا فيه . فقال عمرُ : وإِلَّا أيُّهُما شَفَتْ . ولأنَّه لا يُتَصَوَّرُ كَوْنُهُ من رَجُلَيْنِ ، فإذا ألْحَقْتُهُ القافَّةُ بهما ، تَبَيَّنَّا كَذِبُهُما ، فسَقَطَ قَوْلُهُما ، كما لو ألْحَقْتُهُ بِأُمِّينِ^(٤٧) ، ولأنَّ الْمُدَّعِيَيْنِ^(٤٨) لو اتَّفَقَا على ذلك ، لم يَثْبُتْ ، ولو ادَّعاهُ كُلُّ واحدٍ منهما ، وأقامَ بَيِّنَةً ، سَقَطَتْما ، ولو جازَ أَنْ يُلْحَقَ بهما ، لَقَبَّتْ بِاتِّفَاقِهِما ، وألْحَقَ بهما عندَ تَعَارُضِ بَيِّنَتَيْهِما . ولنا ، ما رَوَى سَعِيدٌ ، في « سُنَنِه » : ثنا سُفْيَانُ ، عن يَحْيَى بنِ^(٤٩) سَعِيدٍ ، عن سليمانَ ابنِ يسارٍ ، عن عمرَ ، في امْرَأَةٍ وَطَفَّها رَجُلانِ في طَهْرٍ ، فقال القائفُ : قد اشتركا فيه جَمِيعًا . فجَعَلَهُ بينهما^(٥٠) . وبإِسْنادِهِ عن الشَّعْبِيِّ قال : وعلىٌ يَقولُ : هو ابْنُهُما ، وهما أَبَواهُ ، يَرْتَبُهُما وَيَرْتَبُهُنَّ^(٥١) . وَرواهُ الزُّبَيْرُ بنُ بَكَّارٍ ، بإِسْنادِهِ عن عمرَ . وقال

(٤٥) سقط من : الأصل .

(٤٦ - ٤٦) سقط من : الأصل .

(٤٧) في الأصل : « بائتين » .

(٤٨) في الأصل : « المتداعيين » .

(٤٩) ف : م : عن . وانظر : الموطأ ٢/٧٤٠ .

(٥٠) وأخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٤٠ ، ٧٤١ .

والبهيقي ، في : باب القافة ودعوى الولد ، من كتاب الدعوى والبيئات . السنن الكبرى ١٠/٢٦٣ .

(٥١) انظر : إرواء الغليل ٦/٢٧ .

الإمام أحمد : حَدِيثُ قَتَادَةَ عَنْ سَعِيدٍ عَنْ عَمْرِ ، جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا ، وَقَابُوسُ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ (٥٢) ، جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا . وَرَوَى الْأَثَرُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، فِي رَجُلَيْنِ اشْتَرَكَا فِي طَهْرِ امْرَأَةٍ ، فَحَمَلَتْ فَوَلَدَتْ غُلَامًا يُشَبِّهُهُمَا ، فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَدَعَا الْقَافَةَ فَنَظَرُوهُ (٥٣) ، فَقَالُوا : تَرَاهُ يُشَبِّهُهُمَا . فَأَلْحَقَهُ بِهِمَا ، وَجَعَلَهُ يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ (٥٤) . قَالَ سَعِيدٌ : عَصَبَتُهُ الْبَاقِي مِنْهُمَا . وَمَا ذَكَرُوهُ عَنْ عَمْرِ لَا نَعْلَمُ صِحَّتَهُ ، وَإِنْ صَحَّ فَيَحْتَمِلُ / أَنَّهُ تَرَكَ قَوْلَ الْقَافَةِ لِأَمْرِ آخَرَ ، إِمَّا لِعَدَمِ ثَبَاتِهِمَا ، وَإِمَّا لِأَنَّهُ ظَهَرَ لَهُ مِنْ قَوْلِهِمَا وَاخْتِلَافِهِمَا (٥٥) مَا يُوجِبُ تَرْكَهُ ، فَلَا يَنْحَصِرُ الْمَانِعُ مِنْ قَبُولِ قَوْلِهِمَا فِي أَنَّهُمَا اشْتَرَكَ كَافِيَهُ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَلْحَقَتَهُ الْقَافَةُ بِهِمَا ، وَرِثَتُهُمَا وَوَرِثَاهُ ، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا ، فَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا ، وَنَسَبُهُ مِنَ الْأَوَّلِ قَائِمٌ ، لَا يُزِيلُهُ شَيْءٌ . وَمَعْنَى قَوْلِهِ : « هُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا » . وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، أَنَّهُ يَرِثُهُ مِيرَاثُ أَبِي كَامِلٍ ، كَمَا أَنَّ الْجَدَّةَ إِذَا انْفَرَدَتْ أَخَذَتْ مَا يَأْخُذُهُ الْجَدَّاتُ ، وَالزَّوْجَةُ تَأْخُذُ وَحْدَهَا مَا يَأْخُذُهُ جَمِيعُ الزَّوْجَاتِ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ ، فَأَلْحَقْتُهُ بِهِمَا الْقَافَةَ ، فَتَصَّرَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ مُهَنْنًا ، أَنَّهُ يُلْحَقُ بِثَلَاثَةٍ . وَمُقْتَضَى هَذَا أَنَّهُ يُلْحَقُ بِمَنْ أَلْحَقَتَهُ الْقَافَةُ وَإِنْ كَثُرُوا . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ اثْنَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يَوْسُفَ ، لِأَنَّا صَبَرْنَا (٥٦) إِلَى ذَلِكَ لِلْأَثَرِ ، فَيُقْتَصَرُ عَلَيْهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَلَاثَةٍ ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ

(٥٢) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال : يقرع بينهما إذا لم يكن قافة ، من كتاب الدعوى والبيّنات . السنن الكبرى ٢٦٨/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب النفر يقعون على المرأة في طهر واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦٠/٧ .

(٥٣) في م : « فنظروا » .

(٥٤) أخرجه البيهقي ، في : باب القافة ودعوى الولد ، من كتاب الدعوى والبيّنات . السنن الكبرى ٢٦٤/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب النفر يقعون على المرأة في طهر واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦٠/٧ .

(٥٥) في م : « واختلافه » .

(٥٦) في الأصل : « نظرنا » .

ابن الحسن . ورؤى ذلك عن أبى يوسف أيضا . ولنا ، أن المعنى الذى لأجله لحق
بائنين ، موجود فيما زاد عليه ، فيقاس عليه ، وإذا جاز أن يُخلق^(٥٧) من اثنين ، جاز
أن يُخلق^(٥٧) من أكثر من ذلك . وقولهم : إن إلحاقه بالائنين على خلاف الأصل .
ممنوع ، وإن سلمناه ، لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره ، فيجب تعدية الحكم به ،
كما أن إباحة أكل الميتة عند المخمصة أبيع على خلاف الأصل ، لا يمنع من أن يقاس
على ذلك ما لغيره ، والصيّد الحريمي ، وغيرهما من المحرمات ، لوجود المعنى ،
وهو إبقاء النفس ، وتخليصها من الهلاك . وأما قول من قال : إنه يجوز إلحاقه بثلاثة ،
ولا يزداد على ذلك ، فتحكم ، فإنه لم يقتصر على المنصوص عليه ، ولا عدى الحكم
إلى كل ما وجد فيه المعنى ، ولا نعلم في الثلاثة معنى خاصا يقتضى إلحاق النسب بهم ،
فلم يجز الإقتصار عليه بالتحكم .

فصل : وإذا لم توجد قافة ، أو أشكل الأمر عليها ، أو تعارضت أقوالها ، أو وجد
من لا يؤثق بقوله ، لم يرجح أحدهما بذكر علامة في جسده ؛ لأن ذلك لا يرجح به
في سائر الدعاوى ، سوى الالتقاط في المال واللقيط ، ويضيع نسبه . هذا قول أبى بكر .
وقد أومأ^(٥٨) أحمد ، رحمه الله ، في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد ، إلى أن الابن
يُخير أيهما أحب . وهو قول أبى عبد الله ابن حامد ، قال : يترك حتى يبلغ ، فينتسب
إلى من أحب منهما . / وهو قول الشافعي الجديد ، وقال فى القديم : حتى يميز ؛
لقول عمر : وإل أيهما شئت . ولأن الإنسان يميل بطبيعته^(٥٩) إلى قريبه دون غيره ،
ولأنه مجهول نسبه ، أقرب من هو من أهل الإقرار ، وصدقه المقر له ، فيثبت نسبه ،
كالوائفرّد . وقال أصحاب الرأي : يلحق بالمدعين بمجرد الدعوى ؛ لأن كل واحد
منهما لو انفرد سمعت دعواه ، فإذا اجتمعا ، وأمكن العمل بهما ، وجب ، كالوائفرّد

(٥٧) فى م : « يلحق » .

(٥٨) فى م زيادة : « إليه » .

(٥٩) فى الأصل : « طبيعه » .

له بمال . ولنا ، أن دَعَوَاهُمَا تَعَارَضَتَا ، ولا حُجَّةَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فلم تَثْبُتْ ، كما لو ادَّعَيَا رَقَّةً . وقولهم : يَمِيلُ بِطَبِيعِهِ ^(٦١) إِلَى قَرَاتِهِ . قلنا : إِنَّمَا يَمِيلُ إِلَى قَرَاتِهِ بَعْدَ مَعْرِفَتِهِ بِأَنَّهَا قَرَاتُهُ ، فالمَعْرِفَةُ بِذَلِكَ سَبَبُ الْمِيلِ ، ^(٦٢) فلا يَثْبُتُ قَبْلَهُ ، ولو ثَبِتَ أَنَّهُ يَمِيلُ إِلَى قَرَاتِهِ ، لَكُنْهُ قَدْ يَمِيلُ إِلَى مَنْ أَحْسَنَ إِلَيْهِ ، فَإِنَّ الْقُلُوبَ جُبِلَتْ عَلَى حُبِّ مَنْ أَحْسَنَ إِلَيْهَا ، وَبُغْضِ مَنْ أَسَاءَ إِلَيْهَا ، وَقَدْ يَمِيلُ إِلَيْهِ لِإِسَاءَةِ الْآخَرِ إِلَيْهِ ، وَقَدْ يَمِيلُ إِلَى أَحْسَنِهِمَا خُلُقًا أَوْ أَعْظَمَهُمَا قَدْرًا أَوْ جَاهًا أَوْ مَالًا ، فلا يَبْقَى لِلْمِيلِ أَثَرٌ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى النَّسَبِ . وقولهم : إِنَّهُ صَدَقَ الْمُفَرِّقُ بِنَسَبِهِ . قلنا : لَا يَحِلُّ لَهُ تَصْدِيقُهُ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَعَنَ مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ ، أَوْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ ^(٦٣) . وهذا لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ أَبُوهُ ، فلا يَأْمَنُ أَنْ يَكُونَ مَلْعُونًا بِتَصْدِيقِهِ ، وَيُفَارِقُ مَا إِذَا انْفَرَدَ ، فَإِنَّ الْمُنفَرِدَ يَثْبُتُ ^(٦٤) النَّسَبُ بِقَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ تَصْدِيقٍ . وَأَمَّا قَوْلُ عَمَرَ : وَإِلَآءِيهمَا ^(٦٥) شَيْئٌ . فلم يَثْبُتْ ، ولو ثَبِتَ لَمْ يَكُنْ فِيهِ حُجَّةٌ ؛ فَإِنَّهُ إِنَّمَا أَمَرَهُ بِالْمَوْلَاةِ ، لَا بِالِائْتِسَابِ . وعلى قول من جَعَلَ لَهُ الْإِئْتِسَابَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، لو ائْتَسَبَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، ثُمَّ عَادَ وَائْتَسَبَ إِلَى الْآخَرِ ، وَنَفَى ^(٦٦) نَسَبَهُ مِنَ الْأَوَّلِ ، أَوْ لَمْ يَنْتَسِبْ إِلَى أَحَدٍ ^(٦٧) ، لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبِتَ نَسَبُهُ ، فلا يَقْبَلُ رُجُوعُهُ عَنْهُ ، كما لو ادَّعَى مُنفَرِدٌ نَسَبَهُ ثُمَّ أَنْكَرَهُ ، وَيُفَارِقُ الصَّبِيَّ الَّذِي يُخَيِّرُ بَيْنَ أَبِيهِ ، فَيُخْتَارُ أَحَدُهُمَا ، ثُمَّ يَرُدُّ إِلَى ^(٦٨) الْآخَرِ ، إِذَا اخْتَارَهُ ، فَإِنَّهُ لَا حُكْمَ لِقَوْلِ الصَّبِيِّ ، وَإِنَّمَا يَبْعَ اخْتِيَارَهُ وَشَهْوَتَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لو اشْتَهَى طَعَامًا فِي يَوْمٍ ، ثُمَّ اشْتَهَى غَيْرَهُ فِي يَوْمٍ .

(٦٠) في الأصل : « طبعه » .

(٦١ - ٦٢) في م : « ولا سبب » .

(٦٣) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٨٧٠/٢ .

(٦٣) في م : « ثبت » .

(٦٤) في م : « من » .

(٦٥) في الأصل : « أو نفى » .

(٦٦) في م : « واحد » .

(٦٧) سقط من : الأصل :

آخَرَ . وَإِنْ قَامَتْ لِلآخَرِ بِنَسَبِهِ بَيِّنَةٌ ، عُمِلَ بِهَا ، وَبَطَلَ انْتِسَابُهُ ؛ لِأَنَّهَا^(٦٨) تُبْطِلُ قَوْلَ الْقَافَةِ^(٦٩) ، الَّذِي هُوَ مُبَدَّمٌ عَلَى الْإِنْتِسَابِ ، فَلَأَنْ تُبْطِلَ الْإِنْتِسَابَ أُولَى . وَإِنْ وَجِدَتْ قَافَةٌ بَعْدَ انْتِسَابِهِ ، فَالْحَقَّتُهُ بغيرِ مَنْ انْتَسَبَ إِلَيْهِ ، بَطَلَ انْتِسَابُهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى ، فَبَطَلَ بِهِ الْإِنْتِسَابُ كَالْبَيِّنَةِ مَعَ قَوْلِ الْقَافَةِ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَتْ امْرَأَتَانِ نَسَبَ وَلَدٍ ، فَذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى قَبُولِ دَعْوَاهُمَا^(٧٠) ، فَإِنْ ٢١٤/٥ ظ كَانَتَا مِمَّنْ لَا تُقْبَلُ دَعْوَاهُمَا ، لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُمَا . وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مِمَّنْ تُسْمَعُ دَعْوَاهُمَا^(٧١) دُونَ الْأُخْرَى ، فَهُوَ ابْنُهَا^(٧٢) ، كَالْمُنْفَرِدَةِ بِهِ . وَإِنْ كَانَتَا جَمِيعًا مِمَّنْ تُسْمَعُ دَعْوَاهُمَا ، فَهَمَا فِي إِثْبَاتِهِ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ كَوْنِهِ يَرَى الْقَافَةَ مَعَ عَدَمِهَا كَالرَّجُلَيْنِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، فِي يَهُودِيَّةٍ وَمُسْلِمَةٍ وَلَدَتَا ، فَادَّعَتِ الْيَهُودِيَّةُ وَلَدَ الْمُسْلِمَةِ ، فَتَوَقَّفَ ، فَقِيلَ : يُرَى الْقَافَةُ ؟ فَقَالَ : مَا أَحْسَنُهُ . وَلَأَنَّ الشَّيْبَةَ يُوجَدُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ ابْنِهَا ، كَوُجُودِهِ بَيْنَ الرَّجُلِ وَابْنِهِ ، بَلْ أَكْثَرُ ، لِاخْتِصَاصِهَا^(٧٣) بِحَمْلِهِ وَتَغْذِيَّتِهِ ، وَالْكَافِرَةِ وَالْمُسْلِمَةِ ، وَالْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ ، فِي الدَّعْوَى وَاحِدَةً ، كَمَا قُلْنَا فِي الرَّجُلِ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَقُولُونَ فِيهِ يَقْبُولُ دَعْوَاهُمَا^(٧٤) . وَإِنْ أُلْحَقَتْهُ الْقَافَةُ بِأَمِّينَ ، لَمْ يُلْحَقْ بِهَمَا ، وَبَطَلَ قَوْلُ الْقَافَةِ ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ خَطَأَهُ يَقِينًا . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بِهَمَا بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ ، فَجَازَ أَنْ يُلْحَقَ بِابْنَيْنِ ، كَالْأَبَاءِ . وَلَنَا ، أَنَّ كَوْنَهُ مِنْهُمَا مُحَالٌ يَقِينًا . فَلَمْ يَجْزِ الْحُكْمُ بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ أَكْبَرَ^(٧٥)

(٦٨) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « قَدْ » .

(٦٩) فِي الْأَصْلِ : « الْقَائِف » .

(٧٠) فِي م : « دَعْوَتُهُمَا » . وَقَدْ وَحَدْنَاهَا هُنَا وَفِيمَا يَأْتِي .

(٧١) فِي النِّسْخِ هُنَا وَفِيمَا يَأْتِي : « دَعْوَتُهَا » .

(٧٢) فِي م : « ابْنُهَا » .

(٧٣) فِي م : « لِاخْتِصَاصِهَا » .

(٧٤) فِي الْأَصْلِ : « دَعْوَتُهَا » . وَفِي م : « دَعْوَتُهُمَا » .

(٧٥) فِي الْأَصْلِ : « أَكْثَر » .

منهما أو مثلهما ، وفارق الرجلين ، فإن كونه منهما ممكناً ، فإنه يجوز اجتماع^(٧٦) النطفتين لرجلين^(٧٦) في رحم امرأة ، فيمكن أن يخلق منهما ولد ، كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة ؛ ولذلك قال القائف لعمر : قد اشتركا فيه^(٧٧) . ولا يلزم من إلحاقه بمن يتصور كونه منه ، إلحاقه بمن يستحيل كونه منه ، كما لم يلزم من إلحاقه بمن يولد مثله لمثله^(٧٨) إلحاقه بأصغر منه .

فصل : فإن ادعى نسبه رجل وامرأة ، فلا تنافي بينهما ؛ لأنه يمكن أن يكون منهما ينكاح كان بينهما ، أو وطء شبهة ، فيلحق بهما جميعا ، ويكون ابنتهما بمجرد دعواهما ، كما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى^(٧٩) . وإن قال الرجل : هذا ابني من زوجتي . وادعت زوجته ذلك ، وادعته امرأة أخرى ، فهو ابن الرجل ، وهل ترجع زوجته على الأخرى ؟ يحتمل وجهين ؛ أحدهما ، ترجع ؛ لأن زوجها أبوه ، فالظاهر أنها أمه . ويحتمل أن يتساويا ؛ لأن كل واحدة منهما لو انفردت ، لآلحق بها ، فإذا اجتمعتا تساوتا .

فصل : وإن ولدت امرأتان ابنا وبناتا ، فادعت كل واحدة منهما أن الابن ولدها دون البنت ، احتمل وجهين ؛ أحدهما ، أن ترى المرأتين القافة مع الولدين ، فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته ، به ، كما لو لم يكن لهما ولد آخر . والثاني ، أن تعرض لبنتيهما^(٨٠) على أهل الطب والمعرفة ، / فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى في طبعه وزنته ، وقد قيل : إن^(٨١) لبن الابن ثقیل ، ولبن البنت خفيف ، فيعتبران

و ٢١٥/٥

(٧٦ - ٧٦) في الأصل : « نطفتي الرجلين » .

(٧٧) تقدم في صفحة ٣٧٧ .

(٧٨) في م : « لثل » .

(٧٩) في الأصل : « بالدعوة » .

(٨٠) في الأصل : « لبنهما » .

(٨١) سقط من : الأصل .

بِطَائِعِهِمَا^(٨٢) وَوَزَنَهُمَا ، وَمَا يَخْتَلِفَانِ بِهِ^(٨٣) عِنْدَ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ ، فَمَنْ كَانَ لَبْنُهَا لَبَنَ
الْإِبْنِ ، فَهُوَ وَلَدُهَا ، وَالْبِنْتُ لِلْأُخْرَى . فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ ، اُعْتَبِرْنَا اللَّبْنَ خَاصَّةً . وَإِنْ
تَنَازَعَا أَحَدَ الْوَلَدَيْنِ ، وَهَمَا جَمِيعًا ذَكَرَانِ أَوْ أُنثَيَانِ ، عُرِضُوا عَلَى الْقَافَةِ . كَمَا ذَكَرْنَا فِيمَا
تَقَدَّمَ .

فصل : وَلَوْ ادَّعَى اللَّقِيطَ رَجُلَانِ ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا : هُوَ ابْنِي . وَقَالَ الْآخَرُ : هُوَ
ابْنَتِي . نَظَرْنَا ، فَإِنْ كَانَ ابْنًا فَهُوَ لِمُدَّعِيهِ ، وَإِنْ كَانَتْ بِنْتًا فَهِيَ لِمُدَّعِيهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا لَا يَسْتَحِقُّ غَيْرَ مَا ادَّعَاهُ . وَإِنْ كَانَ خُتْنَى مُشْكِلًا ، أَرَى الْقَافَةَ مَعَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ
قَوْلُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوْلَى مِنَ الْآخَرِ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ ، فَالْحُكْمُ
فِيهِمَا كَالْحُكْمِ فِيمَا لَوْ انْفَرَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالِدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْكَاذِبِ مِنْهُمَا كَاذِبَةٌ ،
وُجُودُهَا كَعَدَمِهَا ، وَالْأُخْرَى صَادِقَةٌ ، فَيَتَعَيَّنُ الْحُكْمُ بِهَا .

فصل : وَإِذَا وَطِئَ رَجُلَانِ امْرَأَةً فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ ، وَطِئَا يَلْحَقُ النَّسَبُ بِمَثَلِهِ ، فَأَثَبَتْ
بَوْلِدٍ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، مِثْلُ أَنْ يَطَّأَ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا فِي طَهْرٍ ، أَوْ يَطَّأَ رَجُلًا
امْرَأَةً آخَرَ أَوْ أُمَّتَهُ بِشُبْهَةٍ ، فِي الطَّهْرِ الَّذِي وَطِئَهَا زَوْجُهَا أَوْ سَيِّدُهَا فِيهِ ، بِأَنْ يَجِدَهَا
عَلَى فِرَاشِهِ ، فَيَطَّئُهَا زَوْجَتَهُ أَوْ أُمَّتَهُ ، أَوْ يَدْعُو زَوْجَتَهُ فِي ظُلْمَةٍ ، فَتُجِيبُهُ زَوْجَةً آخَرَ أَوْ
جَارِيَتَهُ ، أَوْ يَتَزَوَّجُهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَزْوِيجًا فَاسِدًا ، أَوْ يَكُونُ نِكَاحُ أَحَدِهِمَا صَاحِبِهَا
وَالْآخَرُ فَاسِدًا ، مِثْلُ أَنْ يُطْلَقَ رَجُلٌ امْرَأَتَهُ فَيَنْكِحَهَا آخَرُ فِي عِدَّتِهَا وَوَطِئَهَا ، أَوْ يَبِيعَ
جَارِيَةً فَيَطَّوُّهَا الْمُشْتَرِي قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ، وَتَأْتِي بَوْلِدٍ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، فَإِنَّهُ يُرَى
الْقَافَةُ مَعَهُمَا ، فَبِأَيِّهِمَا الْحَقُّوهُ لِحَقِّ . وَالْخِلَافُ فِيهِ كَالْخِلَافِ فِي اللَّقِيطِ .

فصل : وَإِذَا ادَّعَى رَقٌّ اللَّقِيطَ مُدَّعٍ ، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهَا مُمَكِّنَةٌ ، وَإِنْ كَانَتْ
مُخَالَفَةً لِظَاهِرِ الدَّارِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا دَعْوَى تُخَالِفُ الظَّاهِرَ ،

(٨٢) فِي الْأَصْلِ : « بِطَائِعِهِمَا » .

(٨٣) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِ » .

وَيُفَارِقُ^(٨٤) دَعْوَى النَّسَبِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ دَعْوَى النَّسَبِ لَا تُخَالِفُ الظَّاهِرَ ، وَدَعْوَى الرَّقِّ مُخَالِفَةٌ لَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ دَعْوَى النَّسَبِ يَثْبُتُ بِهَا حَقًّا لِلْقَيْطِ ، وَدَعْوَى الرَّقِّ تَثْبُتُ حَقًّا عَلَيْهِ ، فَلَمْ تُقْبَلْ بِمُجَرَّدِهَا ، كَمَا لَوْ ادَّعَى رَقٌّ غَيْرَ اللَّقَيْطِ . فَإِذَا / ظ ٢١٥/٥
لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، سَقَطَتِ الدَّعْوَى . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، لَمْ تُحَلَّ ؛ إِمَّا أَنْ تُشْهَدَ بِالْيَدِ أَوْ بِالْمِلْكِ أَوْ بِالْوِلَادَةِ ، فَإِنْ شَهِدَتْ بِالْمِلْكِ أَوْ بِالْيَدِ ، لَمْ تُقْبَلْ فِيهِ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، وَإِنْ شَهِدَتْ بِالْوِلَادَةِ ، قُبِلَ فِيهِ امْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ أَوْ رَجُلٌ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرَّجَالُ ، ثُمَّ تَنْظُرُ ؛ فَإِنْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِالْيَدِ ، فَإِنْ كَانَتْ لِلْمُلْتَقِطِ ، لَمْ يَثْبُتْ بِهَا مِلْكٌ ؛ لِأَنَّا عَرَفْنَا سَبَبَ يَدِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ لِأَجْنَبِيٍّ ، حُكِمَ لَهُ بِالْيَدِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فِي الْمِلْكِ ، وَإِنْ شَهِدَتْ بِالْمِلْكِ ، فَقَالَتْ : تُشْهَدُ أَنَّهُ عَبْدُهُ أَوْ مَمْلُوكُهُ . حُكِمَ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَذْكُرْ سَبَبَ الْمِلْكِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَتْ بِمِلْكِ دَارٍ أَوْ ثَوْبٍ . فَإِنْ شَهِدَتْ بِأَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ ، حُكِمَ لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ أُمَّتَهُ لَا تَلِدُ فِي مِلْكِهِ إِلَّا مَلَكَهُ . وَإِنْ شَهِدَتْ أَنَّهُ ابْنُ أُمَّتِهِ ، أَوْ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ ، وَلَمْ تَقُلْ : فِي مِلْكِهِ . اخْتَمَلَ أَنْ يَثْبُتَ لَهُ الْمِلْكُ بِذَلِكَ ، كَقَوْلِهَا فِي مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّ أُمَّتَهُ مِلْكُهُ ، فَتَمَاوُهَا مِلْكُهُ ، كَسَمِينِهَا^(٨٥) . وَاخْتَمَلَ أَنْ لَا يَثْبُتَ الْمِلْكُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَلِدَهُ قَبْلَ مِلْكِهِ لَهَا ، فَلَا تَكُونُ لَهُ وَهُوَ ابْنُ أُمَّتِهِ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى رَقٌّ اللَّقَيْطِ بَعْدَ بُلُوغِهِ مُدَّعٍ ، كُلَّفَ إِجَابَتَهُ ، فَإِنْ أَنْكَرَ وَلَا بَيِّنَةَ لِلْمُدَّعِي ، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهُ ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ لَهُ^(٨٦) بِهَا ، فَإِنْ كَانَ اللَّقَيْطُ قَدْ تَصَرَّفَ قَبْلَ ذَلِكَ بَيْعًا أَوْ شِرَاءً ، تُقْضَى تَصَرُّفَاتُهُ ؛ لِأَنَّهُ بَانَ أَنَّهُ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فَاقْرَأْ بِالرَّقِّ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ اعْتَرَفَ لِنَفْسِهِ بِالْحُرِّيَّةِ قَبْلَ ذَلِكَ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِالرَّقِّ ، لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ بِالْحُرِّيَّةِ ، وَهِيَ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، فَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ فِي إِبْطَالِهَا^(٨٧) ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ اعْتَرَفَ بِالْحُرِّيَّةِ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهَا ،

(٨٤) في م : « ويخالف » .

(٨٥) في الأصل : « كقيمتها » .

(٨٦) سقط من : الأصل .

(٨٧) في م : « إبطاله » .

يُقْبَلُ . وهو قول أصحاب الرأي ؛ لأنه مجهول الحال ، أقر بالرق ، فيقبل ، كالمقدم
 رجلان من دار الحرب ، فأقر أحدهما للآخر بالرق . وكألو أقر بقصاص أو حد ،
 فإنه يُقبل وإن تضمن ذلك قوات نفسه . ويحتمل أن لا يُقبل ، وهو الصحيح ؛ لأنه
 يُنظر به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها ، فلم يصح ، كألو أقر قبل ذلك بالحرية ،
 ولأنه محكوم بحرريته ، فلم يُقبل إقراره بالرق ، كما ذكرنا ، ولأن الطفل المنبؤ لا
 يعلم رق نفسه ، ولا حرريته ، ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه ؛ لأنه في تلك
 الحال ممن لا يعقل ، ولم يتجدد له رق بعد التقاطه ، فكان إقراره باطلا . وهذا قول
 القاسم ، وابن المنذر . وللشافعي وجهان كما ذكرنا . فإن قلنا : يُقبل إقراره .
 صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه دون ماله . وبهذا قال أبو حنيفة ، والمزني ،
 وهو أحد قولَي الشافعي ؛ لأنه أقر بما يوجب حقا له وحقا عليه ، فوجب أن يثبت ما
 عليه / دون ماله ، كألو قال : لفلان على ألف درهم ، ولي عنده رهن . ويحتمل
 أن يُقبل إقراره في الجميع . وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأنه ثبت ما عليه ، فيثبت
 ماله ، كالبينة ، ولأن هذه الأحكام تبع للرق ، فإذا ثبت الأصل بقوله ، ثبت التبع ،
 كألو شهدت امرأة بالولادة ، ثبت ويثبت النسب تبعا لها . وأما إن أقر بالرق ابتداء
 لرجل ، فصدقه ، فهو كألو أقر به جوابا . وإن كذبه ، بطل إقراره . ثم إن أقر به بعد
 ذلك لرجل آخر ، جاز . وقال بعض أصحابنا : يتوجه أن لا يُسمع إقراره الثاني ؛ لأن
 إقراره الأول تضمن^(٨٨) الاعتراف بنفي مالك له سوى هذا المقر له^(٨٩) ، فإذا بطل
 إقراره برد المقر له ، بقى^(٩٠) الاعتراف بنفي مالك له غيره ، فلم يُقبل إقراره بما
 نفاه ، كألو أقر بالحرية ثم أقر بعد ذلك بالرق . ولنا ، أنه إقرار لم يقبله المقر له ، فلم
 يمنع إقراره ثانيا ، كألو أقر له بتوب ثم أقر به لآخر بعد رد الأول . وفارق الإقرار
 بالحرية ، فإن إقراره بها لم ينظر ولم يرد .

(٨٨) في الأصل : « يتضمن » .

(٨٩) سقط من : م .

(٩٠) في الأصل : « نفى » .

فصل: إذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه ، لم يحل من أن يكون ذكراً أو أنثى ، فإن كان ذكراً ، فإن كان قبل الدخول ، فسَدَ نكاحه في حقه ؛ لأنه مَقْرَأٌ أنه عَبْدٌ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، ولها عليه نصفُ المهر ؛ لأنه حَقٌّ عليه ، فلم يَسْقُطْ بقوله ، وإن كان بعد الدخول ، فسَدَ نكاحه أيضا ، ولها عليه المهرُ جميعه ، لما ذكرنا ؛ لأنَّ الزَّوْجَ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ . فإذا أقر بما يوجبُ الفُرْقَةَ ، لَزِمَتْهُ ، وولَدَهُ حُرٌّ تابعٌ لأُمِّهِ . وإن كان مُتَزَوِّجًا بَأَمَةٍ ، فولَدُهُ لِسَيِّدِهَا ، وَيَتَعَلَّقُ الْمَهْرُ بِرَقَبَتِهِ ؛ لأنَّ ذلك من جنائياته ، وَيَفْدِيهِ سَيِّدُهُ أَوْ يُسَلِّمُهُ . وإن كان في يده كَسَبٌ ، استوفى المهر منه ؛ لأنه لم يثبت إقراره به لِسَيِّدِهِ بالنسبة إلى امرأته ، فلا يَنْقُطُ حَقُّهَا منه بإقراره . وإن قلنا : يُقْبَلُ قوله في جميع الأحكام ، فالنكاحُ فاسدٌ ؛ لكونه تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، ويُفَرِّقُ بينهما ، ولا مهر لها عليه إن لم تُكُنْ مدخولا بها ، وإن كان دَخَلَ بها ، فلها عليه المهرُ المُسَمَّى جميعه ، في إحدى الروايتين ، والأخرى خُمُسَاهُ . وإن كان اللَّقِيطُ أنثى ، فالنكاحُ صحيحٌ في حقه . وإن كان قبل الدخول ، فلا مهر لها ؛ لإقرارها بفسادِ نكاحها ، وأنها أمةٌ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا ، والنكاحُ الفاسدُ لا يَجِبُ المهرُ فيه إلا بالدخول . وإن كان دَخَلَ بها ، لم يَسْقُطْ مهرُها ، وَلِسَيِّدِهَا الأقلُّ من المُسَمَّى أو مهرُ المثل ؛ لأنَّ المُسَمَّى إن كان أَقْلٌ ، فالزَّوْجُ / يَنْكُرُ وَجُوبَ الرِّيَازَةِ عليه ، وقولها غير مقبول في حقه . وإن كان الأقلُّ مهرَ المثل ، فهي وَسَيِّدُهَا يُقَرَّانِ بفسادِ النكاحِ ، وأنَّ الواجبَ مهرُ المثل ، فلا يَجِبُ أكثرُ منه ، إلا على الرواية التي يَجِبُ فيها المُسَمَّى في النكاحِ الفاسدِ ، فَيَجِبُ هُنَا المُسَمَّى ، قُلٌّ أو كَثْرٌ ، لِاعْتِرَافِ الزَّوْجِ بِوُجُوبِهِ . وَأَمَّا الأولادُ ، فَأَحْرَارٌ ، وَلَا تَجِبُ قِيَمَتُهُمْ ؛ لأنه لو وَجَبَ لَوَجَبَ بِقَوْلِهَا ، وَلَا يَجِبُ بِقَوْلِهَا حَقٌّ على غيرها ، وَلَا يَثْبُتُ الرِّقُّ في حَقِّ أولادها بإقرارها . فَأَمَّا بقاءُ النكاحِ ، فيقال للزوج : قَدْ ثَبَتَ أَنَّهَا أَمَةٌ ، وَلَدُهَا رَقِيقٌ لِسَيِّدِهَا ، فَإِنْ اخْتَرْتَ الْمَقَامَ على ذلك فَأَقِمِ ، وَإِنْ شِئْتَ فَفَارِقِهَا . وسواءٌ كان ممن يجوزُ له نكاحُ الإماءِ أو لم يكنْ ؛ لأنَّا لو اُعْتَبَرْنَا ذلك ، وأنفسدنا نكاحه ، لكان إفسادُ اللِّعْقِدِ جميعه بِقَوْلِهَا ؛ لأنَّ شُرُوطَ نكاحِ الأَمَةِ لَا تُعْتَبَرُ في استِدَامَةِ الْعَقْدِ ، إِنَّمَا تُعْتَبَرُ في ابْتِدَائِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قَبِلْتُمْ قَوْلَهَا في أَنَّهَا أَمَةٌ في

ظ ٢١٦/٥

المُسْتَقْبَل ، وفيه ضَرَرٌ على الرُّوج . قلنا : لم يُقْبَل قَوْلُهَا في إِبْجَابِ حَقٍّ لم يَدْخُلْ في الْعَقْدِ عَلَيْهِ ، فَأَمَّا الْحُكْمُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ ، فَيُمْكِنُ إِيفَاءُ حَقِّهِ وَحَقٍّ مَنْ ثَبَتَ لَهُ الرُّقُّ عَلَيْهَا ، بَأَنْ يُطَلَّقَهَا ، فَلَا يَلْزُمُهُ مَا لم يَدْخُلْ عَلَيْهِ ، أَوْ يُقِيمُ^(٩١) عَلَى نِكَاحِهَا ، فَلَا يَسْقُطُ حَقُّ سَيِّدِهَا . فَإِنْ طَلَّقَهَا اعْتَدَّتْ عِدَّةُ الْحُرَّةِ ؛ لِأَنَّ عِدَّةَ الطَّلَاقِ حَقٌّ لِلرُّوجِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَا تَجِبُ إِلَّا بِالْدُّخُولِ ، وَسَبَبُهَا النِّكَاحُ السَّابِقُ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي تَنْقِصِهَا . وَإِنْ مَاتَ ، اعْتَدَّتْ عِدَّةُ الْأَمَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُغْلَبَ فِيهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، بِدَلِيلِ وَجُوبِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَقَبِلَ قَوْلُهَا فِيهَا . وَمَنْ قَالَ يَقْبُولُ قَوْلُهَا فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ ، فَهَذِهِ أَمَةٌ قَدْ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا ، فَنِكَاحُهَا فَاسِدٌ ، وَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا ، وَجَبَ لَهَا مَهْرُ أَمَةٍ تُكْحَنُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا ، عَلَى مَا ذَكَرَ فِي مَوْضِعِهِ . وَهَلْ ذَلِكَ مَهْرُ الْمِثْلِ ، أَوْ الْمُسَمَّى ؟ فِيهِ رَوَاتَانِ . وَتَعْتَدُ بِحَيْضَتَيْنِ^(٩٢) ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، وَأَوْلَاؤُهُ أَخْرَارٌ ؛ لِإِعْتِقَادِهِ حُرِّيَّتِهَا ، فَإِنَّهُ مَعْرُورٌ بِحُرِّيَّتِهَا ، وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُمْ يَوْمَ الْوَضْعِ . وَإِنْ مَاتَ عَنْهَا ، لَمْ تَجِبْ عِدَّةُ الْوَفَاةِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ قَدْ تَصَرَّفَ بِبَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ ، فَتَصَرَّفَهُ صَحِيحٌ ، وَمَا عَلَيْهِ مِنَ الْحُقُوقِ وَالْأَثْمَانِ يُؤَدَّى مِمَّا فِي يَدَيْهِ ، وَمَا فَضَّلَ عَلَيْهِ فَفِي ذِمَّتِهِ ؛ لِأَنَّ مُعَامِلَهُ لَا يَعْتَرِفُ بِرَقِّهِ . وَمَنْ قَالَ يَقْبُولُ إِقْرَارَهُ / فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ ، قَالَ يَفْسَادُ عُقُودُهُ كُلُّهَا ، وَأَوْجِبَ رَدُّ الْأَعْيَانِ إِلَى أَرْبَابِهَا إِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً ، وَإِنْ كَانَتْ تَالِفَةً ، وَجِبَتْ قِيَمَتُهَا فِي رَقَبَتِهِ ، إِنْ قُلْنَا : إِنْ مَا اسْتَدَانَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فَهُوَ فِي رَقَبَتِهِ . وَإِنْ قُلْنَا بِأَنْ اسْتَدَانَةَ الْعَبْدُ فِي ذِمَّتِهِ ، فَهَذَا كَذَلِكَ ، وَيَتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ رِضَى صَاحِبِهِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ قَدْ جَنَى جِنَايَةً مُوجِبَةً لِلْقَصَاصِ ، فَعَلَيْهِ لَه^(٩٣) الْقَوْدُ ، حُرًّا كَانَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ أَوْ عَبْدًا ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالرَّقِّ يَفْتَضِي وَجُوبَ الْقَوْدِ عَلَيْهِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَجْنُونُ

(٩١) فِي م : يَقِمُ .

(٩٢) فِي الْأَصْلِ : حَيْضَتَيْنِ .

(٩٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

عليه عبداً أو حُرّاً ، فقبِلَ إقراره فيه . وإن كانت الجِنَايَةُ حَطّاً ، تَعَلَّقَ أَرشُهَا بِرَقَبَتِهِ ؛ لأنَّ ذلك مُضِرٌّ بِهِ . فإن كان أَرشُهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ ، وكان في يَدِهِ مَالٌ ، اسْتَوْفَى مِنْهُ ، وإن كان ممَّا تُحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي إسْقَاطِ الزِّيَادَةِ ؛ لأنَّ ذلك يَضُرُّ بِالْمَجْنِيِّ عليه ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فيه . وقيل : تَجِبُ الزِّيَادَةُ فِي نَيْتِ الْمَالِ ؛ لأنَّ ذلك كان واجِباً لِلْمَجْنِيِّ عليه ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي إسْقَاطِهِ . وإن جُنِسَ عَلَيْهِ ^(٩٤) جِنَايَةُ مُوجِبَةِ الْقَوْدِ ، وكان الجاني حُرّاً ، سَقَطَ ؛ لأنَّ الْحُرَّ لَا يُقَادُّ مِنْهُ لِلْعَبْدِ ، وقد أَقَرَّ لِلْمَجْنِيِّ ^(٩٥) عليه بما يُسْقِطُ الْقِصَاصَ . وإن كانت مُوجِبَةُ مَالٍ يَقِلُّ ^(٩٦) بِالرَّقِّ ، وَجَبَ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ . وإن كان مُساوياً لِلْوَجِبِ قَبْلَ الْإِقْرَارِ ، وَجَبَ ، وَيُدْفَعُ الْوَاجِبُ إِلَى سَيِّدِهِ . وإن كان الْوَاجِبُ يَكْثُرُ لَكُونَ قِيَمَتِهِ عِنْدَ أَكْثَرِ مَنْ دَيْتَهُ حُرّاً ، لم يَجِبْ إِلَّا أَرشُ الْجِنَايَةِ عَلَى الْحُرِّ . وَمَنْ قَبِلَ قَوْلَهُ فِي الْأَحْكَامِ كُلِّهَا ^(٩٧) ، أَوْ جَبَّ أَرشَ الْجِنَايَةِ عَلَى الْعَبْدِ . وإن كان الْأَرشُ تُحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ إِذَا كَانَ حُرّاً ، سَقَطَ عَنِ الْعَاقِلَةِ ، ولم يَجِبْ عَلَى الْجَانِي ؛ لأنَّ إقراره بِالرَّقِّ يَتَضَمَّنُ إقراره بالسَّقُوطِ عَنِ الْعَاقِلَةِ ، ولم يُقْبَلْ فِي إيجَابِهِ عَلَى الْجَانِي ، فَسَقَطَ . وقيل : لَا يَتَحَوَّلُ عَنِ الْعَاقِلَةِ . وَمَنْ قَالَ : لَا ^(٩٧) يُقْبَلُ إقراره فِي الْأَحْكَامِ كُلِّهَا . أَوْ جَبَّ الْأَرشَ عَلَى الْجَانِي .

(٩٤) فِي النسخ : « عليها » .

(٩٥) فِي م : « المجنى » .

(٩٦) فِي الْأَصْل : « يَقِلُّ » .

(٩٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

كتاب الوصايا

/ الوصايا جمع وصية ، مثل العطايا جمع عطية . والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت . والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ ﴾ ^(١) . وقال الله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ زَيْنٍ ﴾ ^(٢) . وأما السنة فروى سعد ابن أبي وقاص ، قال : جاءني رسول الله ﷺ يعوذني عام حجة الوداع ، من وجمع اشتدني ، فقلت : يا رسول الله ، قد بلغني من الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ، ولا يرثيني إلا ابنة ، أفأصدق بثلثي مالي ؟ قال : « لا » . قلت : فبالشطر يا رسول الله ؟ قال : « لا » . قلت : فبالثلث ؟ قال : « الثلث ، والثلث كثير ، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » . وعن ابن عمر ، أن رسول الله ﷺ قال : « ما حق امرئ مسلم ^(٣) له شيء يوصي فيه ^(٤) يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » . متفق عليهما ^(٥) . وروى أبو أمامة ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول :

(١) سورة البقرة ١٨٠ .

(٢) سورة النساء ١٢ .

(٣) سقط من : الأصل ، ١ .

(٤) في م : ١٤٥ .

(٥) الأول تقدم تخريجه في : ٣٧/٦ . والثاني أخرجه البخاري ، في : باب الوصايا وقول النبي ﷺ وصية الرجل مكتوبة عنده ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ٢/٤ . ومسلم ، في : كتاب الوصية . صحيح مسلم ١٢٤٩/٣ ، ١٢٥٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء فيما يؤمر به من الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ١٠١/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الحث على الوصية ، من أبواب الجنائز ، وفي : باب ما جاء في الحث على الوصية ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٩٧/٤ ، ٢٧٢/٨ ، ٢٧٣ . والنسائي ، في : باب الكراهية في تأخير الوصية ، من كتاب الوصايا . المجتبى ١٩٩/٦ . وابن ماجه ، في : باب الحث على الوصية ، من كتاب الوصايا . =

« إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٦) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَعَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ^(٧) قَالَ : إِنَّكُمْ تَقْرَأُونَ هَذِهِ الْآيَةَ : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ . وَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنْ الدِّينَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٨) . وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ فِي جَمِيعِ الْأَنْصَارِ وَالْأَعْصَارِ^(٩) عَلَى جَوَازِ الْوَصِيَّةِ .

فصل : وَلَا تَجِبُ الْوَصِيَّةُ إِلَّا عَلَى مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، أَوْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ ، أَوْ عَلَيْهِ وَاجِبٌ يُوصَى بِالخُرُوجِ مِنْهُ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَرَضَ آدَاءَ الْأَمَانَاتِ ، وَطَرِيقُهُ فِي هَذَا الْبَابِ الْوَصِيَّةُ ، فَتَكُونُ مَفْرُوضَةً عَلَيْهِ ، فَأَمَّا الْوَصِيَّةُ بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ ، فَلَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ عَلَى أَحَدٍ ، فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ . وَبِذَلِكَ قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحَعُّيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ^(١٠) ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعُوا

= سنن ابن ماجه ٩٠١/٢ . والدارمي ، في : باب من استحب الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٤٠٢/٢ . والإمام مالك ، في : باب الأمر بالوصية ، من كتاب الوصية . الموطأ ٧٦١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١٣٠ ، ٨٠ ، ٥٧ ، ٥٠ ، ١٠/٢ .

(٦) أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الوصية للوارث ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ١٠٣/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٢٧٥/٨ ، ٢٧٨ . كما أخرجه النسائي ، في : باب إبطال الوصية للوارث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢٠٧/٦ . وابن ماجه ، في : باب لا وصية لوارث . من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٥/٢ ، ٩٠٦ ، والدارمي ، في : باب الوصية للوارث ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٤١٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٦/٤ ، ١٨٧ ، ٢٣٨ ، ٢٦٧/٥ ، ٢٣٩ .

(٧) سقط من : الأصل ، م .

(٨) في : باب ما جاء في ميراث الإخوة من الأب والأم ، من أبواب الفرائض ، وفي : باب ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٢٤٥/٨ ، ٢٤٦ ، ٢٧٩ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب تأويل قول الله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ ، من كتاب الوصايا . صحيح البخارى ٦/٤ . وابن ماجه ، في : باب الدين قبل الوصية ، سنن ابن ماجه ٩٠٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧٩/١ ، ١٣١ ، ١٤٤ .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في زيادة : « وإسحاق » .

على أن الوصية غير واجبة ، إلا على من عليه حقوق بغير بينة ، وأمانة بغير إشهاد ، إلا طائفة شذت فأوجبها . روى عن الزهري أنه قال : جعل الله الوصية حقاً مما قل أو كثر . وقيل لأبي مجلز : على كل ميت وصية ؟ قال : إن ترك خيراً . وقال أبو بكر عبد العزيز : / هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون . وهو قول داود . وحكى ذلك عن مسروق ، وطاوس ، وإياس ، وقنادة ، وابن جريير . واحتجوا بالآية ، وخبر ابن عمر ، وقالوا : نسخت الوصية للأقربين والأقربين الوارثين ، وبقيت في من لا يرث من الأقربين . ولنا ، أن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية ، ولم ينقل لذلك نكير ، ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك ، ولنقل عنهم نقلاً ظاهراً ، ولأنها عطية لا تجب في الحياة ، فلا تجب بعد الموت كعطية الأجانب . فأما الآية ، فقال ابن عباس : نسختها قوله سبحانه : ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ ﴾ ^(١١) . وقال ابن عمر : نسختها آية الميراث . وبه قال عكرمة ، ومجاهد ، ومالك ، والشافعي . وذهبت طائفة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة ، إلى أنها نسخت بقول النبي ﷺ : « إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ » . وحديث ابن عمر مَحْمُولٌ على من عليه واجب ، أو عنده وديعة .

فصل : وتُسحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيراً ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ ﴾ . فنسخ الوجوب ، وبقي الاستحباب في حق من لا يرث . وقد روى ^(١٢) ابن عمر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « يَا ابْنَ آدَمَ ، جَعَلْتُ لَكَ نَصِيبًا مِنْ مَالِكَ حِينَ أَخَذْتُ بِكَ ظِمَكِ » ^(١٣) ، لأظهر وأزكك . وعن أبي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ

(١١) سورة النساء ٧ .

(١٢) في م زيادة : « عن » .

(١٣) الكظم : مخرج النفس .

عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بثلث أموالكم . رواهما ابن ماجه^(١٤) . وقال الشعبي : مَنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ ، فَلَمْ يَجْزْ ، وَلَمْ يَحِفْ ، كَانَ لَهُ مِنَ الْأَجْرِ مِثْلُ مَا لَوْ أَعْطَاهَا وَهُوَ صَحِيحٌ . وَأَمَّا الْفَقِيرُ الَّذِي لَهُ وَرَثَةٌ مُخْتَلِجُونَ ، فَلَا يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُوصَى ؛ لِأَنَّ اللَّهَ قَالَ فِي الْوَصِيَّةِ : ﴿ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ . وقال النبي ﷺ : « إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . وقال : « أَبْدَأُ بِنَفْسِكَ ، ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ »^(١٥) . وقال عليٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لِرَجُلٍ أَرَادَ أَنْ يُوصَى : إِنَّكَ لَنْ تَدَعَ طَائِلًا ، إِنَّمَا تَرَكْتَ شَيْئًا يَسِيرًا ، فَدَعُهُ لَوَرَثَتِكَ . وعنه : أَرْبَعُمِائَةِ دِينَارٍ لَيْسَ فِيهَا فَضْلٌ عَنِ الْوَرِثَةِ . وَرَوَى عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ رَجُلًا قَالَ / لَهَا : لِي ثَلَاثَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ ، وَأَرْبَعَةُ أَوْلَادٍ ، أَفَأُوصِي ؟ فَقَالَتْ : اجْعَلِ الثَّلَاثَةَ لِلْأَرْبَعَةِ . وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ : مَنْ تَرَكَ سَبْعُمِائَةِ دِرْهَمٍ لَيْسَ عَلَيْهِ وَصِيَّةٌ . وقال غُرُورٌ : دَخَلَ عَلِيٌّ عَلَى صَدِيقٍ لَهُ يَمُودُهُ ، فَقَالَ الرَّجُلُ : إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُوصَى . فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ^(١٦) : إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ : ﴿ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ ، وَإِنَّكَ إِنَّمَا تَدْعُ شَيْئًا يَسِيرًا ، فَدَعُهُ لَوَرَثَتِكَ . وَاخْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِي الْقَدْرِ الَّذِي لَا تُسْتَحَبُّ الْوَصِيَّةُ^(١٧) لِمَالِكِهِ ، فَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ : إِذَا تَرَكَ دُونَ الْأَلْفِ لَا تُسْتَحَبُّ لَهُ^(١٨) الْوَصِيَّةُ . وَعَنْ عَلِيٍّ ، أَرْبَعُمِائَةِ دِينَارٍ . وقال ابنُ عَبَّاسٍ : إِذَا تَرَكَ الْمِائَتَ سَبْعُمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَلَا يُوصَى . وقال : مَنْ تَرَكَ سِتِّينَ دِينَارًا ، مَا تَرَكَ خَيْرًا . وقال طَاوُسٌ : الْخَيْرُ ثَمَانُونَ دِينَارًا . وقال النَّخَعِيُّ : أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٍ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : الْقَلِيلُ أَنْ يُصِيبَ أَقْلُ الْوَرِثَةِ سَهْمًا^(١٩) خَمْسُونَ دِرْهَمًا . وَالَّذِي يَقُولُ عِنْدِي ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ الْمَتْرُوكُ لَا يَفْضُلُ عَنْ غِنَى الْوَرِثَةِ ، فَلَا تُسْتَحَبُّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ

٥٥/٧ ظ

(١٤) في : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٤/٢ .

(١٥) تقدم تخريجه في ٣٠٨/٤ .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) سقط من : ١ ، وفي م : له .

(١٨) في ١ ، م : منها ؛ تحريف .

النبي ﷺ عَلَّلَ الْمَنَعَ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِقَوْلِهِ : « أَنْ تَتْرَكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً » . ولأن إعطاء القريب المحتاج خَيْرٌ من إعطاء الأجنبي ، فمتى لم يبلغ الميراث غِنَاهُمْ ، كان تركه لهم كعطيَتهم إِيَّاه ، فيكون ذلك أَفْضَلَ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِهِ لغيرِهِمْ ، فعند هذا يَخْتَلِفُ الْحَالُ بِاخْتِلَافِ الْوَرِثَةِ فِي كَثَرَتِهِمْ وَقِلَّتِهِمْ ، وَغِنَاهُمْ وَحَاجَتِهِمْ ، فَلَا يَتَقَيَّدُ بِقَدْرِ مِنَ الْمَالِ . والله أَعْلَمُ . وقد قال الشَّعْبِيُّ : مَا مِنْ مَالٍ أَغْظَمُ أَجْرًا ، مِنْ مَالٍ يَتْرُكُهُ الرَّجُلُ لَوَلَدِهِ ، يُغْنِيهِمْ بِهِ عَنِ النَّاسِ .

فصل : والأولى أن لا يستوعب الثلث بالوصية وإن كان غنياً ؛ لقول النبي ﷺ :
« وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ » . قال ابن عباس : لو أنَّ النَّاسَ غَضُّوا مِنَ الثُّلُثِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : **« الثُّلُثُ كَثِيرٌ »** . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٩) . وقال القاضي ، وأبو الخطاب : إن كان غنياً اسْتَحَبَّ الْوَصِيَّةُ بِالثُّلُثِ . ولنا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال لِسَعْدٍ : **« وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ »** . مع إخباره إِيَّاه بِكَثْرَةِ مَالِهِ ، وَقِلَّةِ عِيَالِهِ ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي الْحَدِيثِ : **« إِنْ لِي مَالًا كَثِيرًا ، وَلَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَتِي »** . وَرَوَى^(٢٠) سَعِيدٌ ، ثنا خَالِدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، ثنا عَطَاءُ^(٢١) بن السَّائِبِ ، عَنْ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ السُّلَمِيِّ ، عَنْ سَعْدِ بْنِ مَالِكٍ ، قَالَ : مَرَضْتُ مَرَضًا ، فَعَادَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ لِي : **« أَوْصَيْتَ ؟ »** . فقلتُ : نعم . أَوْصَيْتُ بِمَالِي / كُلِّهِ لِلْفُقَرَاءِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ . فقال لي رسولُ اللَّهِ ﷺ : **« أَوْصِ بِالْعَشْرِ »** . فقلتُ : يا رسولَ اللَّهِ ، إِنْ مَالِي كَثِيرٌ . وَوَرِثَتِي أَغْنِيَاءُ . فلم يَزَلْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُنَاقِصُنِي وَأَنَا قَصُهُ ، حَتَّى قَالَ : **« أَوْصِ بِالثُّلُثِ ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ »** . وقال أبو عبد الرحمن : لم يَكُنْ أَحَدٌ مِّنَّا يُلْغُ فِي وَصِيَّتِهِ الثُّلُثَ حَتَّى يَنْقُصَ مِنْهُ شَيْئًا ؛ لقول النبي ﷺ : **« الثُّلُثُ ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ »** . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَضْلَ لِلْغَنَى الْوَصِيَّةُ بِالْخُمْسِ . ونحو هذا يروى

٥٦/٧ و

(١٩) أخرجه البخارى ، فى : باب الوصية بالثلث ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخارى ٣/٤ ، ٤ .
 ومسلم ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم ١٢٥٣/٣ .
 كما أخرجه النسائى ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢٠٤/٦ . وابن ماجه ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٥/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٣٠/١ ، ٢٣٣ .
 (٢٠ - ٢٠) فى م : س : سعيد بن خالد ثنا ابن عبد الله ثنا ابن عطاء .

عن أبي بكر الصديق ، وعلى بن أبي طالب ، رضي الله عنهما . وهو ظاهر قول السلف ،
وعلماء أهل البصرة . ويروى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه جاءه شيخ ، فقال :
يا أمير المؤمنين ، أنا شيخ كبير ، ومالي كثير ، ويرثني أغراب موال كلاله ، متزوح
نسبهم ، أفأوصي بمالي كله ؟ قال : لا . قال ^(٢١) : فلم يزل يحط ^(٢٢) حتى بلغ
العشر ^(٢٣) . وقال إسحاق : السنة الأربع ، إلا أن يكون رجلاً يعرف في ماله حرمة ^(٢٤)
شبهات أو غيرها ، فله استيعاب الثلث . ولنا ، أن أبا بكر الصديق ، رضي الله عنه ،
أوصى بالخمسة . وقال : رضييت بما رضي الله به لنفسه . يعنى قوله تعالى :
﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ ^(٢٥) ، وروى أن أبا بكر وعلياً ،
رضي الله عنهما ، أوصيا بالخمسة . وعن علي ، رضي الله عنه ، أنه قال : لأن أوصي
بالخمسة ، أحب إلي من الأربع . وعن إبراهيم ، قال : كانوا يقولون : صاحب الأربع
أفضل من صاحب الثلث ، وصاحب الخمسة أفضل من صاحب الأربع . وعن
الشعبي قال : كان الخمس أحب إليهم من الثلث ، فهو منتهى الجامع . وعن العلاء
ابن زياد قال : أوصى أبي أن أسأل العلماء ، أي الوصية أعدل ؟ فما تتابعوا عليه فهو
وصيته ، فتتابعوا على الخمسة .

فصل : والأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون ، إذا كانوا فقراء ، في
قول عامة أهل العلم . قال ابن عبد البر : لا خلاف بين العلماء علمت في ذلك ، إذا
كانوا ذوي حاجة ، وذلك لأن الله تعالى كتب الوصية للوالدين والأقربين ، فخرج

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) في ١ : د يحطه .

(٢٣) أخرجه البيهقي ، في : باب من استحب النقصان عن الثلث ... ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى
٢٧٠/٦ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما يجوز للرجل من الوصية في ماله ، من كتاب الوصايا . المصنف ٢٠٢/١١ .

وعبد الرزاق ، في : باب كم يوصى الرجل من ماله ، من كتاب الوصايا . المصنف ٦٤/٩ .

(٢٤) سقط من : ١ .

(٢٥) سورة الأنفال ٤١ .

منه الوارثون بقول النبي ﷺ : « لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » . وَبَقِيَ سَائِرُ الْأَقَارِبِ ^(٢٦) عَلَى الْوَصِيَّةِ ^(٢٦) لَهُمْ . وَأَقْلُ ذَلِكَ الْاسْتِحْبَابُ ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَآتََا الْقُرْبَى حَقَّهُ ﴾ ^(٢٧) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى ﴾ ^(٢٨) . فَبَدَأَ بِهِمْ ، وَلِأَنَّ الصَّدَقَةَ عَلَيْهِمْ فِي الْحَيَاةِ أَفْضَلُ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَ الْمَوْتِ . فَإِنْ أَوْصَى لِغَيْرِهِمْ وَتَرَكَهُمْ ، صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ سَالِمٌ ، وَسَلِيمَانُ بْنُ يَسَارٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَحُكِيَ عَنْ طَاوُسٍ ، وَالضُّحَّاكِ ، وَعَبِيدِ الْمَلِكِ بْنِ يَعْلَى ، أَنَّهُمْ قَالُوا : يُنْتَرَعُ عَنْهُمْ ، وَيُرَدُّ إِلَى قَرَابَتِهِ . وَعَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنِ ، وَجَابِرِ بْنِ زَيْدٍ : لِلَّذِي أَوْصَى لَهُ ثُلُثُ الثَّلْثِ ، وَالْبَاقِي يُرَدُّ إِلَى قَرَابَةِ الْمُوصِي ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَوْصَى بِمَالِهِ كُلَّهُ لَجَازَ مِنْهُ الثَّلْثُ ، وَالْبَاقِي رُدُّ عَلَى الْوَرِثَةِ ، وَأَقَارِبُهُ الَّذِينَ لَا يَرِثُونَهُ فِي اسْتِحْقَاقِ الْوَصِيَّةِ كَالْوَرِثَةِ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمَالِ كُلِّهِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عِمْرَانُ بْنُ حُصَيْنٍ ، أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ سِتَّةَ أَعْبِيدَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ ، فَبَلَغَ ذَلِكَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَدَعَاهُمْ ، فَجَزَّاهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ، ثُمَّ أَفْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرْقَ أَرْبَعَةً ^(٢٩) . فَأَجَازَ الْعَتَقَ فِي ثُلَاثِهِ لَغَيْرِ قَرَابَتِهِ ، وَلِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ ، فَجَازَتْ لِغَيْرِ قَرَابَتِهِ ، كَالْعَطِيَّةِ فِي الْحَيَاةِ .

(٢٦ - ٢٦) سقط من : م .

(٢٧) سورة الإسراء ٢٦ .

(٢٨) سورة البقرة ١٧٧ .

(٢٩) أخرجه مسلم ، في : باب من أعتق شركا له في عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٨/٣ . وأبو داود ، في : باب من أعتق عبيداله لم يبلغهم الثلث ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥٣/٢٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في من يعتق بماله عند موته وليس له مال غيرهم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٢٢ ، ١٢١/٦ . والنسائي ، في : باب الصلاة على من يحيف في وصيته ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٥١/٤ ، ٥٢ . والإمام مالك ، في : باب من أعتق رقيقا لا يملك ما لا غيرهم ، من كتاب العتق . الموطأ ٧٧٤/٢ . مرسلا . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢٦/٤ ، ٤٢٨ ، ٤٣٠ ، ٤٣١ ، ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، ٤٤٠ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ .

٩٥٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ ذَلِكَ)

وجملة ذلك أن الإنسان إذا وصَّى لوارثه بوصية ، فلم يُجزها سائر الورثة ، لم يصح . بغير خلاف بين العلماء . قال ابن المنذر ، وابن عبد البر : أجمع أهل العلم على هذا . وجاءت الأخبار عن رسول الله ﷺ بذلك فروى أبو أمامة ، قال : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « إِنْ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ » . رواه أبو داود . وابن ماجه ، والترمذي ^(١) . ولأن النبي ﷺ منع من عطية بعض ولده ^(٢) ، وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة ، وقوة الملك ، وإمكان تلافى العَدْلِ بينهم بإعطاء الذي لم يُعطه فيما بعد ذلك ، لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ، ففي حال موته أو مرضه ، وضعف ملكه ، وتعلق الحقوق به ، وتَعَدُّر تلافى العَدْلِ بينهم ، أولى وأخرى . وإن أجازها ، جازت ، في قول الجمهور من العلماء . وقال بعض أصحابنا : الوصية باطلة ، وإن أجازها سائر ^(٣) الورثة ، إلا أن يُعطوه عطية مبتدأة . / أخذنا من ظاهر قول أحمد ، في رواية حنبل : لا وصية لوارث . وهذا قول المزني ، وأهل الظاهر . وهو قول للشافعي ، واحتجوا بظاهر قول النبي ﷺ : « لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ » . وظاهر مذهب أحمد والشافعي ، أن الوصية صحيحة في نفسها . وهو قول جمهور العلماء ؛ لأنه تصرف صدر من أهله في محله ، فصَحَّ ، كما لو وصَّى لأجنبي ، والخبر قد روى فيه : « إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ » . والاستثناء من التقي إنبات ، فيكون ذلك دليلاً على ^(٤) صحة الوصية عند الإجازة ، ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة ، أو ما أشبه هذا ، أو يُقدَّر فيه : لا وصية لوارث عند عدم الإجازة من غيره من الورثة . وفائدة الخلاف أن الوصية إذا كانت صحيحة ،

٥٧/٧ و

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٠ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٥٦ ، ٢٥٧ .

(٣) سقط من الأصل ، ١ .

(٤) في الأصل ، م : « من » .

فإِجَازَةُ الْوَرِثَةِ تَنْفِيذٌ وَإِجَازَةٌ مَحْضَةٌ ، يَكْفِي فِيهَا قَوْلُ الْوَارِثِ : أَجَزْتُ ، أَوْ أَمْضَيْتُ ، أَوْ تَفَذْتُ . فَإِذَا قَالَ ذَلِكَ ، لَزِمَتِ الْوَصِيَّةُ . وَإِنْ كَانَتْ بَاطِلَةً ، كَانَتِ الْإِجَازَةُ هَبَةً مُبْتَدَأَةً ، تَفْتَقِرُ إِلَى شُرُوطِ الْهَبَةِ ، مِنَ اللَّفْظِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ ، كَالْهَبَةِ الْمُبْتَدَأَةِ . وَلَوْ رَجَعَ الْمُجِيزُ قَبْلَ الْقَبْضِ فِيمَا^(٥) يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ ، صَحَّ رُجُوعُهُ .

فصل : وَإِنْ أَسْقَطَ عَنْ وَارِثِهِ ذَيْتًا ، أَوْ أَوْصَى بِقَضَاءِ ذَنْبِهِ ، أَوْ أَسْقَطَتِ الْمَرْأَةُ صَدَاقَهَا عَنْ زَوْجِهَا ، أَوْ عَفَا عَنْ جَنَائِيهِ مُوجِبُهَا الْمَالَ ، فَهُوَ كَالْوَصِيَّةِ . وَإِنْ عَفَا عَنْ الْقِصَاصِ ، وَقُلْنَا : الْوَاجِبُ الْقِصَاصُ عَيْنًا . سَقَطَ إِلَى غَيْرِ بَدَلٍ . وَإِنْ قُلْنَا : الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ . سَقَطَ الْقِصَاصُ ، وَوَجِبَ الْمَالُ . وَإِنْ عَفَا عَنْ حَدِّ الْقَذْفِ ، سَقَطَ مُطْلَقًا . وَإِنْ وَصَّى لِغَرِيمٍ وَارِثِهِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ . وَكَذَلِكَ إِنْ وَهَبَ لَهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ : هُوَ وَصِيَّةٌ لِلْوَارِثِ ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ يَنْتَفِعُ بِهَذِهِ الْوَصِيَّةِ ، وَتُسْتَوْفَى ذِيُوهُ مِنْهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَصَّى لِأَجْنَبِيٍّ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِمَنْ عَادَتْهُ الْإِحْسَانُ إِلَى وَارِثِهِ . وَإِنْ وَصَّى لَوْلَدٍ وَارِثِهِ ، صَحَّ ، فَإِنْ كَانَ يَقْصِدُ بِذَلِكَ نَفْعَ الْوَارِثِ ، لَمْ يَجْزِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى . قَالَ طَاوُوسٌ ، فِي قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصِرٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا ﴾^(٦) قَالَ : أَنْ يُوصِيَ لَوْلَدٍ ابْنَتِهِ ، وَهُوَ يُرِيدُ ابْنَتَهُ . / ٥٧/٧ ظ رَوَاهُ سَعِيدٌ^(٧) . قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : الْجَنَفُ فِي الْوَصِيَّةِ وَالْإِضْرَارُ فِيهَا مِنَ الْكِبَائِرِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِكُلِّ وَارِثٍ بِمُعَيَّنٍ مِنْ مَالِهِ بِقَدَرٍ نَصِيْبِهِ ، كَرَجُلٍ خَلَفَ ابْنًا وَبَنَاتًا ، وَعَبْدًا قِيَمَتُهُ مِائَةٌ ، وَجَارِيَةً قِيَمَتُهَا خَمْسُونَ ، فَوَصَّى لِأَيِّنِهِ بَعْدَهُ ، وَلِابْنَتِهِ بِأَمْتِهِ ، احْتَمَلَ أَنْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْوَارِثِ فِي الْقَدْرِ لَا فِي الْعَيْنِ ، بِذَلِيلِ مَالِهِ عَاوِضَ الْمَرِيضِ بَعْضَ وَرَثَتِهِ أَوْ أَجْنَبِيًّا بِجَمِيعِ مَالِهِ ، صَحَّ إِذَا كَانَ ذَلِكَ بِشَمَنِ الْمِثْلِ ،

(٥) فِي الْأَصْلِ ، م : وَفَمَا .

(٦) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ١٨٢ .

(٧) لَمْ نَجِدْهُ فِيمَا طُبِعَ مِنْ سَنَنِ سَعِيدٍ مِنْصُورٍ . وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ بِنَسْخِ الْوَصِيَّةِ لِلْأَقْرَبِينَ الَّذِينَ لَا يَرِثُونَهُ ... ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٦٥/٦ ، ٢٦٦ . وَالْدَارَقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ الْوَصَايَا . سَنَنِ الدَّارَقُطْنِيِّ ١٥٢/٤ .

وإن تَضَمَّنَ قَوَاتٍ غَيْنِ الْمَالِ . وَاحْتَمَلَ أَنْ تَقِفَ عَلَى الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّ فِي الْأَغْيَانِ غَرَضًا صَحِيحًا ، وَكَأَنَّ لَا يَجُوزُ إِبْطَالُ حَقِّ الْوَارِثِ فِي قَدْرِ حَقِّهِ ، لَا يَجُوزُ مِنْ غَيْنِهِ .

فصل : وَإِذَا مَلَكَ الْمَرِيضُ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بَغِيرَ عَوْضٍ ، عَتَقَ وَوَرِثَ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَبَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَحَكَاهُ الْخَبْرِيُّ مَذْهَبًا لِلشَّافِعِيِّ . وَلَا خِلَافَ بَيْنَ هَؤُلَاءِ فِي أَنَّهُ إِذَا مَلَكَهُ بِالْمِيرَاثِ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ وَيَرِثُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ ، عَتَقَ وَوَرِثَ ، وَإِلَّا سَعَى فِيمَا بَقِيَ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَرِثْ . وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ أَنْ يَمْلِكْهُ بِعَوْضٍ أَوْ غَيْرِهِ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يُحْتَسَبُ مِيرَاثُهُمْ مِنْ قِيَمَتِهِمْ ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ أَخَذَهُ ، وَإِنْ فَضَلَ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ سَعَوْا فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَرِيضَ لَمْ يَضَعْ فِيهِمْ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ ، وَإِنَّمَا تَعَاطَى سَبَبَ مِلْكِهِمْ عَلَى وَجْهِ لَمْ يَسْتَقِرَّ ، وَزَالَ بِغَيْرِ إِزَالَتِهِ ، فَلَمْ يُحْتَسَبْ عَلَيْهِ مِنْ ثُلُثِهِ ، كَمَا لَوْ أَنَّهُبَ شَيْئًا فَرَجَعَ الْوَاهِبُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، أَوْ اشْتَرَى شَيْئًا فِيهِ غَبْطَةً بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَفَسَخَ الْبَائِعُ ، أَوْ جَدَّ بِالثَّمَنِ عَيْتًا فَفَسَخَ الْبَيْعُ ، أَوْ تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ فَطُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ . وَإِذَا لَمْ تَكُنْ وَصِيَّةً^(٨) تُحْتَسَبُ عَلَيْهِ مِنَ الثُّلُثِ ، لَمْ يُنْتَعِ الْمِيرَاثُ ، كَمَا لَوْ مَلَكَهُ بِالْمِيرَاثِ^(٩) عِنْدَ مَنْ سَلَّمَهُ ، أَوْ كَمَا لَوْ كَانَ ذَلِكَ فِي صِحَّتِهِ ، فَإِنَّ^(١٠) مَلَكَهُ بِعَوْضٍ ، كَالشَّرَاءِ^(١١) ، فَحَكَى الْخَبْرِيُّ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ وَيَرِثُ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ ، وَأَهْلِ الْبَصْرَةِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي « الْمُجَرَّدِ » : إِنْ مَلَكَهُ بِعَوْضٍ ، وَخَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ، عَتَقَ وَوَرِثَ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ . وَقَالَ الْخَبْرِيُّ : وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ .^(١٢) وَحَكَى غَيْرُهُ عَنِ الشَّافِعِيِّ^(١٣) أَنَّهُ لَا فَرْقَ عِنْدَهُ بَيْنَ أَنْ يَمْلِكْهُ بِعَوْضٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَأَنَّهُ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقَ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَلَا يَرِثُ فِي الْحَالِيِّنَ ؛ لِأَنَّهُ/لَوْ وَرِثَ لَكَانَ إِعْتَاقُهُ وَصِيَّةً

و ٥٨/٧

(٨) فِي ١ ، مَزِيدَةٌ : « لَمْ » .

(٩ - ١٠) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

(١٠) فِي ١ : « فَأَمَّا إِنْ » .

لِوَارِثٍ ، فَيَبْطُلُ عَتَقُهُ ، وَيَبْطُلُ مِيرَاثُهُ ، لِبُطْلَانِ عَتَقِهِ ، فَيُؤَدَّى تَوْرِيثُهُ ^(١١) إِلَى إِبْطَالِ تَوْرِيثِهِ ، فَصَحَّحْنَا عَتَقَهُ وَلَمْ نُؤَرِّثْهُ ، لِقَوْلِ الْفَضْلِ إِلَى ذَلِكَ . وَمَذْهَبُ أَيْ حَنِيفَةٍ وَصَاحِبِيَّةٍ فِي هَذَا ، كَمَذْهَبِهِمْ فِيمَا إِذَا مَلَكَهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ . وَلَنَا ، عَلَى إِعْتَاقِهِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فَهُوَ حُرٌّ » ^(١٢) . وَلَأَنَّهُ مِلْكٌ وَجَدَ مَعَهُ مَا يُنَافِيهِ ، فَبَطُلَ ، كَمِلْكِ النِّكَاحِ مَعَ مِلْكِ الرِّقَةِ ، أَغْنَى فِيمَا إِذَا اشْتَرَى أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ صَاحِبَهُ : وَإِذَا عَتَقَ وَرِثَ ؛ لَأَنَّهُ وَجَدَ سَبَبَ الْمِيرَاثِ عَرِيًّا عَنِ الْمَوَانِعِ ، فَوَرِثَ ، كَمَا لَوَرِثَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ عَتَقَهُ وَصِيٌّ . لَا يَصَحُّ ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ فَعَلُهُ ، وَالْعِتْقُ هُنَا يَحْصُلُ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، وَلَا إِرَادَتِهِ ، وَلِأَنَّ رِبَةَ الْمُعْتَقِ لَا تَحْصُلُ لَهُ ، وَإِنَّمَا تَتَلَفُ مَالِيَّتُهُ وَتَزُولُ ، فَيَصِيرُ ذَلِكَ كَتَلْفِهِ بِقَتْلِ بَعْضِ بَقِيَّةِ ، أَوْ كإِثْلَافِ بَعْضِ ^(١٣) مَالِهِ فِي بِنَاءِ مَسْجِدٍ ، مِثَالُ ذَلِكَ ، مَرِيضٌ وَوَسِيٌّ لَهُ ابْنُهُ ، فَقَبِلَهُ وَبَقِيَّتُهُ مَائَةٌ ، ثُمَّ مَاتَ الْمَرِيضُ ، وَخَلَفَ ابْنًا آخَرَ وَمَائَتَيْنِ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ ، وَيُقَاسِمُ أَخَاهُ ^(١٤) الْمَائَتَيْنِ ، فِي قَوْلِ الْأَكْثَرِينَ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، فِيمَا حَكَى عَنْهُ غَيْرُ الْحَبَرِيِّ ، يَعْتَقُ وَلَا يَرِثُ ^(١٥) شَيْئًا . وَعِنْدَ صَاحِبِيَّةِ أَيْ حَنِيفَةٍ ، يَعْتَقُ وَلَهُ نِصْفُ التَّرِكَةِ ، فَيُخْتَسَبُ عَلَيْهِ بِقِيمَتِهِ وَيَبْقَى لَهُ خَمْسُونَ . وَإِنْ كَانَ بَاقِي التَّرِكَةِ خَمْسِينَ ، فَعِنْدَنَا يَعْتَقُ ، وَلَهُ نِصْفُ الْخَمْسِينَ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ . وَعِنْدَ أَيْ حَنِيفَةٍ ، يَعْتَقُ نِصْفُهُ ، وَيَسْعَى فِي بَاقِيهِ ، وَالْخَمْسُونَ كُلُّهَا

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في من ملك ذارحم محرم ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥١/٢ .
والترمذی ، في : باب ما جاء في من ملك ذارحم محرم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٢٣/٦ . وابن
ماجه ، في : باب من ملك ذارحم محرم فهو حر . من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ . والإمام أحمد ،
في : المسند ١٥/٥ ، ١٨ .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في ازيادة : في .

(١٥) في م : يورث .

لأخيه . وقال صاحباه : يَعْتِقُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ . وعند الشافعي ، في قول غير الخبري ، يَعْتِقُ نِصْفَهُ ، وَيَرِقُ نِصْفَهُ ، ونِصْفُهُ الرِّقِيقُ والخُمْسُونَ كُلُّهَا لأخيه . وإن كان باقي التَّرَكَّةَ ثَلَاثُمِائَةٍ ، فعندنا يَعْتِقُ وله مائة وخُمْسُونَ . وعند الشافعي ، يَعْتِقُ وَلَا يَرِثُ شَيْئًا . وعند صاحبَي أبي حنيفة ، يَعْتِقُ وله مائة . فإن كان اشْتَرَى ابنه بمائة ، ومات ، وخَلَفَ ابْنًا آخَرَ ومائة أُخْرَى ، فعلى الرواية الأولى ، يَعْتِقُ وَيُقَاسِمُ^(١٦) أخاه المائة الباقية . وعلى ما حَكَاهُ القاضي ، يَعْتِقُ منه ثلثاه ، وَيَرِثُ أَرْبَعِينَ ، وَيَعْتِقُ باقيه على أخيه ، وَلَا يَرِثُ بذلك الجزء شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَهُ حَصَلَ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيهِ . وعند الشافعي يَعْتِقُ ثَلَاثَاهُ ، وَلَا يَرِثُ . / وقال أبو حنيفة : يَعْتِقُ ثَلَاثَاهُ ، وَيَسْعَى فِي بَاقِيهِ ، وَلَا يَرِثُ . وعند صاحبيه ، يَعْتِقُ كُلَّهُ ، وَلَا يَرِثُ شَيْئًا ، فَإِنْ كَانَ قَدْ تَصَدَّقَ قَبْلَ ذَلِكَ بِثُلَاثِهِ ، أَوْ حَاطَ بِهِ ، لَمْ يَعْتِقْ ؛ لِأَنَّهُ الثَّلَثُ قَدْ ذَهَبَ .

٥٨/٧ ظ

فصل : وَإِنْ مَلَكَ مِنْ وَرَثَتِهِ مَنْ لَا يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، كَبَنِي عَمِّهِ ، فَأَعْتَقَهُمْ فِي مَرَضِهِ ، فَعَتَقَهُمْ وَصِيَّةً ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِفَعْلِهِ وَاجْتِيَاؤِهِ ، وَحُكْمُهُمْ فِي الْعِتْقِ حُكْمُ الْأَجَانِبِ ، إِنْ خَرَجُوا مِنَ الثَّلَثِ عَتَقُوا ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُمْ بِقَدْرِ الثَّلَثِ . وَيَنْبَغِي أَنْ يَعْتَقُوا وَلَا يَرِثُوا ؛ لِأَنَّهُمْ لَوْ وَرِثُوا لَكَانَتْ وَصِيَّةً لَوَارِثٍ ، فَيَسْطَلُّ عَنْقَهُمْ ، ثُمَّ يَسْطَلُّ مِيرَاثَهُمْ . وَقَدْ قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ، فِي رَجُلٍ مَلَكَ ابْنُ عَمِّهِ ، فَأَقْرَفَ فِي مَرَضِهِ أَنَّهُ كَانَ أَعْتَقَهُ فِي صِحَّتِهِ : عَتَقَ ، وَلَمْ يَرِثْ . وَهَذَا فِي مَعْنَى مَا ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارُهُ لَوَارِثٍ غَيْرَ مَقْبُولٍ ، فَمَنْعَنَا مِيرَاثَهُ لِيُقْبَلَ إِقْرَارُهُ لَهُ بِالْإِعْتَاقِ .

فصل : مَرِيضٌ اشْتَرَى أَبَاهُ بِالْفِ ، لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، فعلى رواية الخبري^(١٧) ، يَعْتِقُ كُلَّهُ . وعلى القول الآخر يَعْتِقُ ثُلَاثَهُ عَلَى^(١٨) الْمُعْتِقِ ، وَيَعْتِقُ باقيه على ابنه . وهذا قول مالِك . وقال أبو حنيفة : يَعْتِقُ ثُلَاثَهُ ، وَيَسْعَى لِلْإِبْنِ فِي ثُلَاثِيهِ . وعلى قول

(١٦) في م : : ويقسم .

(١٧) في ا ، م : : الخبر .

(١٨) في م : : وعلى .

صَاحِبِيْهِ ، يَعْتَقُ سُدُسُهُ ، وَيَسْعَى فِي خَمْسَةِ أَسْدَاسِهِ . وَقِيلَ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ :
يُفْسَخُ الشَّرَاءُ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الابْنُ عَتَقَهُ . وَقِيلَ : يَعْتَقُ ثُلُثُهُ . وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي ثُلُثَيْهِ .
وإنْ خَلَفَ الْفَتْنِ سِوَاهُ ، عَتَقَ ، وَوَرِثَ سُدُسُهُمَا . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَفِي
قَوْلِ صَاحِبِيْهِ ، يَعْتَقُ نِصْفُهُ ، وَيَسْعَى فِي قِيَمَةِ نِصْفِهِ .

فصل : وَإِذَا وَهَبَ لِلْإِنْسَانِ ^(١٩) أَبَوْهُ ، أَوْ وَصَّى لَهُ بِهِ ، اسْتَحَبَّ لَهُ أَنْ يَقْبَلَهُ ، وَلَمْ
يَجِبْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِعْتَاقًا لِأَبِيهِ مِنْ
غَيْرِ التَّزَامِ ^(٢٠) . مَالٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ اسْتِحْلَابُ مِلْكٍ ^(٢١) الْأَبِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ ، كَمَا لَوْ بَدَّلَ لَهُ
بِعَوَضٍ ، أَوْ كَمَا لَوْ بَدَّلَ لَهُ ابْنُهُ أَوْ غَيْرُهُ مِنْ أَقَارِبِهِ ، وَلَآئِهِ يَلْزَمُهُ ضَرَرٌ بِلُحُوقِ الْمِنَةِ بِهِ ،
وَتَلْزَمُهُ تَفَقُّتُهُ وَكُسُوتُهُ .

فصل : إِذَا وَصَّى لِوَارِثِهِ وَأَجْنَبِيٍّ بِثُلُثَيْهِ ، فَأَجَازَ سَائِرُ الْوَرَثَةِ وَصِيَّةَ الْوَارِثِ ، فَالْثُلُثُ
بَيْنَهُمَا . وَإِنْ وَصَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمُعَيَّنٍ قِيَمَتُهُمَا الثُّلُثُ ، فَأَجَازَ سَائِرُ الْوَرَثَةِ وَصِيَّةَ
الْوَارِثِ ، جَازَتْ الْوَصِيَّةُ ^(٢٢) لهُمَا . وَإِنْ رَدُّوا ، بَطَلَتْ وَصِيَّةُ الْوَارِثِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ ،
وَلِلْأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ فِي الْأُولَى ، وَالْمُعَيَّنُ الْمُوصَى لَهُ بِهِ / فِي الثَّانِيَةِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ،
وَالشَّافِعِيِّ وَأَبُو ثَوْرٍ ^(٢٣) ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَغَيْرُهُمْ . وَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّتَانِ بِثُلُثَيْ
مَالِهِ ، فَأَجَازَ الْوَرَثَةُ لهُمَا ، جَازَتْ لهُمَا . وَإِنْ عَيَّنُوا نَصِيبَ الْوَارِثِ بِالرَّدِّ وَحْدَهُ ،
فَلِلْأَجْنَبِيِّ الثُّلُثُ كَامِلًا ؛ لِأَنَّهُمْ خَصُّوا الْوَارِثَ بِالْإِبْطَالِ ، فَالْثُلُثُ كُلُّهُ لِلْأَجْنَبِيِّ ،
وَسَقَطَتْ وَصِيَّةُ الْوَارِثِ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يُوصَرْ لَهُ . وَإِنْ أَبْطَلُوا الزَّائِدَ عَنِ الثُّلُثِ مِنْ
غَيْرِ تَعْيِينِ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، فَالْثُلُثُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَصِيَّيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ .

(١٩) في ١ ، م : « الإنسان » .

(٢٠) في ١ : « إلزام » .

(٢١) في م زيادة : « على » .

(٢٢) في ١ : « الوصيتان » .

(٢٣) سقط من : م .

هذا الذي ذكره القاضي . وهو قول مالك ، والشافعي . وذلك لأن الوارث يُرَاحِمُ
الأجنبي ، إذا أجاز الوَثة الوَصِيَّتَيْنِ ، فيكون لكل واحدٍ منهما الثلث ، فإذا أبطلوا
نصفَهُما بالرَّدِّ ، كان البطلانُ راجعاً إليهما ، وما بقيَ منهما بينهما ، كما لو تَلَفَ ذلك
بغير الرَّدِّ . واختار أبو الخطَّاب أن الثلثَ جميعه للأجنبي . وحكى نحو هذا عن أبي
حنيفة ؛ لأنهم لا يَقْدِرُونَ على إبطالِ الثلثِ فما دون إذا كان للأجنبي ، ولو جعلنا
الوصيةَ بينهما لملكوا إبطالَ ما زاد على السُّدُسِ ، فإن صرَّحَ الوَثة بذلك ، فقالوا :
أَجْزَأُ الثُّلُثُ لَكُمَا ، وَرَدَدْنَا مَا زَادَ عَلَيْهِ فِي وَصِيَّتِكُمَا . أو قالوا : رَدَدْنَا مِنْ وَصِيَّةِ كُلِّ
واحدٍ منكما نصفها ، وبقيتنا له نصفها . كان ذلك آكدَ في جعلِ السُّدُسِ لكل واحدٍ
منهما ؛ لِتَصْرِيحِهِمْ بِهِ ، وإن قالوا : أَجْزَأُ وَصِيَّةِ الْوَارِثِ كُلِّهَا ، وَرَدَدْنَا نِصْفَ وَصِيَّةِ
الْأَجْنَبِيِّ . فهو على ما قالوا ؛ لأنَّ لهم أن يُجِيزُوا لهما وَيَرُدُّوا^(٢٤) عليهما ، فكان لهم أن
يُجِيزُوا لأحدهما وَيَرُدُّوا على الآخر . وإن أجازوا للأجنبي جميعَ وصيته ، ورُدُّوا على
الوارثِ نصفَ وصيته ، جاز ، كما قلنا . وإن أرادوا أن يَنْقُصُوا الأجنبي عن نصفِ
وصيته ، لم يملكوا ذلك ، سواء أجازوا للوارث أو رُدُّوا عليه . فإن رُدُّوا جميعَ وصيةِ
الوارث ، ونصفَ وصيةِ الأجنبي ، فعلى قول القاضي ، لهم ذلك ؛ لأنَّ لهم أن يُجِيزُوا
الثلثَ لهما ، فيشترِ كان فيه ، ويكون لكل واحدٍ منهما نصفه ، ثم إذا رجعوا فيما
للوارث ، لم يزد الأجنبي على ما كان له في حالة الإجازة للوارث . وعلى قول أبي
الخطَّاب ، يتوفَّرُ الثلثُ كله للأجنبي ؛ لأنَّه إنما يَنْتَقِصُ^(٢٥) منه بمُزَاحَمَةِ الْوَارِثِ ،
فإذا زالتِ الْمُزَاحَمَةُ ، وَجَبَ تَوْفِيرُ الثُّلُثِ عَلَيْهِ^(٢٦) ؛ لأنَّه قد أوصى له به . ولو خَلَفَ
ابنَيْنِ ، وَوَصَّى لهما بِثُلُثَيْ مَالِهِ ، وَلِأَجْنَبِيٍّ / بِالثُّلُثِ ، قَرَدَا الْوَصِيَّةَ . فقال
أبو الخطَّاب : عندى للأجنبي الثُّلُثُ كاملاً . وعند القاضي ، له التَّسْعُ . ويَجِيءُ فيه
من الفروع مثل ما ذكرنا في التي قبلها .

٥٩/٧ ظ

(٢٤) في ١ : ولهم أن يردوا .

(٢٥) في ٢ : ينقص .

(٢٦) سقط من : ١ ، م .

فصل : وإن وصّى بثلثه لوارث وأجنبي ، وقال : إن ردّوا وصيّة الوارث فالثلث كله للأجنبي . (٢٧) فرّدوا وصيّة الوارث ، فالثلث كله للأجنبي (٢٧) ، كما وصّى . وإن أجازوا للوارث ، فالثلث بينهما ؛ لأنّ الوصيّة تتعلّق بالشرط . ولو قال : أوصيت لفلان بثلثي ، فإن مات قبلي فهو لفلان . صحّ . وإن قال : وصيت بثلثي لفلان ، فإن قديم فلان الغائب فهو له . صحّ ، فإن قديم الغائب قبل موت الموصي ، صار هو الوصي ، وبطلت وصيّة الأوّل ، سواء عاد إلى الغيبة أو لم يعد ؛ لأنّه قد وجد شرط انتقال الوصيّة إليه ، فلم يتنقّل عنه بعد ذلك . وإن مات الموصي قبل قدوم الغائب ، فالوصيّة للحاضر ، سواء قديم الغائب بعد ذلك أو لم يقدم . ذكره القاضي ؛ لأنّ الوصيّة ثبتت لوجود شرطها ، فلم تنقل عنه ، كما لو لم يقدم . ويحتمل أن الغائب إن قديم بعد الموت ، كانت الوصيّة له ؛ لأنّه جعلها له بشرط قدومه ، وقد وجد ذلك .

فصل : وإن وصّى لوارث (٢٨) ، فأجاز بعض باقي الورثة الوصيّة دون البعض ، نفذ في نصيب من أجاز ، دون من لم يُجز . وإن أجازوا بعض الوصيّة دون بعض ، نفذت فيما أجازوا دون ما لم يُجزوا . فإن أجاز بعضهم بعض الوصيّة ، وأجاز بعضهم جميعها ، أوردّها ، فهو على ما فعلوا من ذلك . فلو خلف ثلاثة يتيّ وعبدًا ، لا يملك غيره ، فوصّى به لأحدهم ، أو وهبه إياه في مرض موته ، وأجاز له أخواه ، فهو له ، وإن أجاز له أحدهما وحده ، فله ثلثاه ، وإن أجاز له نصف العبد ، فله نصفه ، ولهما نصفه ، وإن أجاز أحدهما له نصف نصيبه ، وردّ الآخر ، فله النصف كاملاً ؛ الثلث نصيبه ، والستس من نصيب المُجيز ، وإن أجاز كلّ واحد منهما له نصف نصيبه ، كمل له الثلثان ، وإن أجاز له أحدهما نصف نصيبه ، والآخر ثلاثة أرباع نصيبه ، كمل له ثلاثة أرباع العبد . وإن وصّى بالعبد لثنتين منهما ، فللثالث أن يُجزّ لهما ، أو يرّد عليهما ، أو يُجزّ لهما بعض وصيتهما ، إن شاء / متساويًا ، وإن شاء متفاضلاً ،

و ٦٠/٧

(٢٧ - ٢٧) سقط من : م .

(٢٨) في ١ : لوارثه .

أَوْ يُرَدُّ عَلَى أَحَدِهِمَا ، وَيُجِيزُ لِلْآخَرِ وَصِيَّتَهُ كُلَّهَا أَوْ بَعْضَهَا ، أَوْ يُجِيزُ لِأَحَدِهِمَا جَمِيعَ وَصِيَّتِهِ ، وَلِلْآخَرِ بَعْضَهَا ، فَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، فَكَيْفَمَا شَاءَ فَعَلَ فِيهِ .

٩٥٦ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لِغَيْرِ وَاثِرٍ بِأَكْثَرِ مِنَ الثُّلْثِ ، فَأَجَازَ ذَلِكَ الْوَرَثَةَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، جَازٌ ، وَإِنْ لَمْ يُجِزُوا ، رُدَّ إِلَى الثُّلْثِ)

وجملة ذلك أن الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة ، وما زاد على الثلث يقف على إجازتهم ، فإن أجازوه جاز ، وإن ردّوه بطل . في قول جميع العلماء . والأصل في ذلك قول النبي ﷺ لسعد حين قال : أوصى بمالي كله ؟ قال : « لَا » . قال : فبالثلثين ؟ قال : « لَا » . قال : فبالنصف ؟ قال : « لَا » . قال : فبالثلث ؟ قال : « الثُّلْثُ ، وَالثُّلْثُ كَثِيرٌ » ^(١) . وقوله عليه السلام : « إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ مَمَاتِكُمْ » ^(٢) . يدل على أنه لا شيء له في الزائد عليه . وحديث عمران بن حصين في المملوكين الذين أعتقهم المريض ، ولم يكن له مال سواهم ، فدعا بهم النبي ﷺ ، فجزأهم ثلاثة أجزاء ، وأقرع بينهم ، فأعق اثنتين ، وأرق أربعة ، وقال له قولا شديدا ^(٣) ، يدل أيضا على أنه لا يصح تصرفه فيما عدا الثلث ، إذا لم يُجزِ الورثة ، ويجوز بإجازتهم ؛ لأن الحق لهم . والقول في بطلان الوصية بالزائد عن الثلث ^(٤) ، كالقول في الوصية للوارث ، على ما ذكرنا . وهل إجازتهم تنفيذ أو عطية مبتدأة ؟ فيه اختلاف ذكرناه في الوصية للوارث . والخلاف فيه مبني على أن الوصية به ، أو العطية له ^(٥) ، في مرض الموت المخوف ، صحيحة موقوفة على الإجازة ، أو باطلة ؟ فظاهر المذهب أنها صحيحة ، وأن الإجازة تنفيذ مجرد ،

(١) تقدم تخريجه في : ٣٧/٦ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٢ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٥ .

(٤) في ازيادة : وصحتها .

(٥) سقط من : م .

يَكْفِي فِيهِ قَوْلُ الْمُجِيزِ : أَجَزْتُ ذَلِكَ . أَوْ أَنْفَذْتُهُ . أَوْ نَحَوَهُ مِنَ الْكَلَامِ ، وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى شُرُوطِ الْهَبَةِ . وَيَفْتَرَعُ عَنْ هَذَا الْخِلَافِ أَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَمْ يَأَلْ لَهُ سِوَاهُ فِي مَرَضِهِ ، أَوْ وَصَّى بِإِعْتَاقِهِ ، فَأَعْتَقُوهُ بِوَصِيَّتِهِ ، فَقَدْ نَفَذَ الْعِتْقَ فِي ثُلْثِهِ ، وَوَقَفَ عِتْقُ بَاقِيهِ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، فَإِنْ أَجَازُوهُ ، عَتَقَ جَمِيعُهُ ، وَاخْتَصَّ عَصَبَاتُ الْمَيِّتِ بِوَلَايَةِ كُلِّهِ ، إِذَا قُلْنَا بِصِحَّةِ إِعْتَاقِهِ وَوَصِيَّتِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : هِيَ بَاطِلَةٌ ، وَالْإِجَازَةُ عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ . اخْتَصَّ عَصَبَاتُ الْمَيِّتِ / بِثُلْثِ وَلَايَةِ ، وَكَانَ ثُلَاثُهُ لَجَمِيعِ الْوَرَثَةِ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ بَاشَرُوهُ بِالْإِعْتَاقِ . وَكَذَلِكَ لَوْ تَبَرَّعَ بِثُلْثِ مَالِهِ فِي مَرَضِهِ ، ثُمَّ أَعْتَقَ ، أَوْ وَصَّى بِالْإِعْتَاقِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَلَوْ أَوْصَى لِابْنٍ وَارِثِهِ بَعْدَ تَبَرُّعِهِ بِثُلْثِ مَالِهِ ، أَوْ أَعْطَاهُ عَطِيَّةً فِي مَرَضِهِ ، فَأَجَازَ أَبُوهُ وَصِيَّتَهُ وَعَطِيَّتَهُ ، ثُمَّ أَرَادَ الرُّجُوعَ فِيمَا أَجَازَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ إِنْ قُلْنَا : هِيَ عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ . وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهَا إِجَازَةٌ مُجَرَّدَةٌ . وَلَوْ تَزَوَّجَ رَجُلٌ ابْنَتَهُ عَمَّهُ ، فَأَوْصَتْ لَهُ بِوَصِيَّةٍ أَوْ عَطِيَّةٍ فِي مَرَضِ مَوْتِهَا ، ثُمَّ مَاتَتْ وَخَلَفْتَهُ وَأَبَاهُ ، فَأَجَازَ أَبُوهُ وَصِيَّتَهُ وَعَطِيَّتَهُ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَلَوْ وَقَفَ فِي مَرَضِهِ عَلَى وَرَثَتِهِ ، فَأَجَازَ وَالْوَقْفَ ، صَحَّ إِنْ قُلْنَا : إِجَازَتُهُمْ تَنْفِيدٌ . وَلَمْ يَصِحَّ إِنْ قُلْنَا : هِيَ عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ . وَلَأَنَّهُمْ يَكُونُونَ وَاقِفِينَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ . وَلَا فَرْقَ فِي الْوَصِيَّةِ بَيْنَ الْمَرَضِ وَالصَّحَّةِ ، وَقَدْ رَوَى حَنْبَلٌ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : إِنْ أَوْصَى فِي الْمَرَضِ فَهُوَ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا فَلَهُ أَنْ يُوصِيَ بِمَا شَاءَ . يَعْنِي بِهِ الْعَطِيَّةُ . قَالَ الْقَاضِي . أَمَّا الْوَصِيَّةُ فَإِنَّهَا عَطِيَّةٌ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَلَا يَجُوزُ مِنْهَا إِلَّا الثَّلَاثُ عَلَى كُلِّ حَالٍ .

فصل : وَلَا يُعْتَبَرُ الرُّدُّ وَالْإِجَازَةُ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، فَلَوْ أَجَازَ وَقَبْلَ ذَلِكَ ، ثُمَّ رَدُّوا ، أَوْ أَذِنُوا لِمَوْرُوثِهِمْ فِي حَيَاتِهِ بِالْوَصِيَّةِ بِجَمِيعِ الْمَالِ ، أَوْ بِالْوَصِيَّةِ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُمْ فَرَدُّوا بَعْدَ وَفَاتِهِ ، فَلَهُمُ الرُّدُّ ، سِوَاءَ كَانَتِ الْإِجَازَةُ فِي صِحَّةِ الْمُوصِي أَوْ مَرَضِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ . وَهُوَ قَوْلُ شُرَيْحٍ ، وَطَاوُسٍ ، وَالْحَكَمِ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابِهِ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَحَمَّادٌ

ابن أبي سليمان ، وعبد الملك بن يعلى ، والرّهري ، وربيعة^(٦) ، والأوزاعي ، وابن أبي ليلى : ذلك جائز عليهم ؛ لأنّ الحقّ للورثة ، فإذا رضوا بتركه سقط حقّهم ، كما لو رضى المشتري بالعيب . وقال مالك : إن أذنوا له في صحته ، فلهم أن يرجعوا ، وإن كان ذلك في مرضه ، وحين يُحجّب عن ماله ، فذلك جائز عليهم . ولنا ، أنّهم أسقطوا حقوقهم فيما لم^(٧) يملكوه ، فلم^(٨) يلزمهم ، كالمرأة إذا أسقطت صداقها قبل النكاح ، أو أسقطت الشفيع حقّه من الشفعة قبل البيع ، ولأنّها حالة لا يصح فيها ردّهم للوصيّة ، فلم يصحّ فيها / إجازتهم ، كما قبل الوصيّة .

و ٦١/٧

فصل : وإذا أوصى بأكثر من الثلث ، فأجاز الوارث الوصيّة ، وقال^(٨) : إنّما أجزّئها ظناً أن المال قليل ، فبان كثير . فإن كانت للموصي يئنة تشهد باعترافه بمعرفة قدر المال ، أو كان المال ظاهراً لا يخفى عليه ، لم يقبل قوله ، إلّا على قول من قال : الإجازة هبة مبتدأة . فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله . وإن لم تشهد يئنة باعترافه بذلك ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأنّ الإجازة تنزّلت منزلة الإبراء ، فلا يصحّ في المجهول ، والقول قوله في الجهل به مع يمينه ؛ لأنّ الأصل عدم العلم . ويحتمل أن لا يقبل قوله ؛ لأنّه أجاز عقداً له الخيار في فسخه ، فبطل خياره ، كما لو أجاز البيع من له الخيار في فسخه بعيب أو خيار . وإن أوصى بمعيّن ، كعبد أو فرس يزيد على الثلث ، فأجاز الوصيّة بها^(٩) ، ثم قال : ظننتُ المال كثيراً تخرج الوصيّة من ثلثه ، فبان قليلاً ، أو ظهر عليه دين لم أعلمه . لم تبطل الوصيّة ؛ لأنّ العبد معلوم لا جهالة فيه . ويحتمل أن يملك الفسخ ؛ لأنّه قد يسمَح بذلك ظناً منه أنّه يبقى له من المال ما يكفيّه ، فإذا بان خلاف ذلك ، لحقه الضرر في الإجازة ، فملك الرجوع كالمسألة التي^(٦) قبلها .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧ - ٨) سقط من : الأصل .

(٨) في ١ : « ثم قال » .

فصل : ولا تَصِحُّ الإِجَارَةُ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ . فَأَمَّا الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ
وَالْمَخْجُورُ عَلَيْهِ لِسْفِهِ ، فَلَا تَصِحُّ الإِجَارَةُ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّهَا تُبْرِغُ بِالْمَالِ ، فَلَمْ تَصِحَّ مِنْهُمْ ،
كَالْهِبَةِ . وَأَمَّا الْمَخْجُورُ عَلَيْهِ لِفَلْسِهِ ، فَإِنْ قُلْنَا : الإِجَارَةُ هِبَةٌ . لَمْ تَصِحَّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ
لَهُ هِبَةٌ مَالِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : هِيَ تَنْفِيذٌ . صَحَّتْ .

٩٥٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لَهُ ، وَهُوَ فِي الظَّاهِرِ وَارِثٌ ، فَلَمْ يُمْتَ
الْمُوصَى حَتَّى صَارَ الْمُوصَى لَهُ غَيْرَ وَارِثٍ ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُ ثَابِتَةٌ ؛ لِأَنَّ اِعْتِبَارَ الْوَصِيَّةِ
بِالْمَوْتِ)

لَا نَعْلَمُ خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، فِي أَنَّ اِعْتِبَارَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ ، فَلَوْ أَوْصَى لِثَلَاثَةِ
إِخْوَةٍ لَهُ مُتَفَرِّقِينَ ، وَلَا وَلَدَ لَهُ ، وَمَاتَ قَبْلَ أَنْ يُوَلَدَ لَهُ وَلَدٌ^(١) ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ لِغَيْرِ
الْأَخِ مِنَ الْأَبِ ، إِلَّا بِالْإِجَارَةِ مِنَ الْوَرِثَةِ . وَإِنْ وُلِدَ لَهُ ابْنٌ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُمْ جَمِيعًا
مِنْ غَيْرِ إِجَارَةٍ ، إِذَا لَمْ تَتَجَاوَزِ الْوَصِيَّةُ الثَّلَاثَ . وَإِنْ وُلِدَتْ لَهُ بِنْتُ ، جَازَتْ الْوَصِيَّةُ
لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ وَأَخِيهِ / مِنْ أُمِّهِ ، فَيَكُونُ لهُمَا ثُلَاثُ الْمُوصَى بِهِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَلَا يَجُوزُ
لِلْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ وَارِثٌ . وَبِهَذَا يَقُولُ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ،
وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَغَيْرُهُمْ . وَلَا نَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ . وَلَوْ أَوْصَى لَهُمْ ، وَلَهُ
ابْنٌ ، فَمَاتَ ابْنُهُ قَبْلَ مَوْتِهِ ، لَمْ تَجُزِ الْوَصِيَّةُ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ ، وَلَا لِأَخِيهِ مِنْ أُمِّهِ ،
وَجَازَتْ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ . فَإِنْ مَاتَ الْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ قَبْلَ مَوْتِهِ ، لَمْ تَجُزِ^(٢) لِلْأَخِ مِنَ
الْأَبِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ صَارَ وَارِثًا .

فصل : وَلَوْ أَوْصَى لِامْرَأَةٍ أجنبية ، أَوْ أَوْصَتْ لَهُ ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، لَمْ تَجُزِ وَصِيَّتُهُمَا

(١) سقط من : ١ .

(٢) في ازيادة : « الوصية » .

إلا بالإجازة من الورثة . وإن أوصى أحدهما للآخر ، ثم طلقها ، جازت الوصية ، لأنه صار غير وارث ، إلا أنه إن طلقها في مرض موته ، فقياس المذهب أنها لا تعطى أكثر من ميراثها ؛ لأنه يتهم في أنه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية ، فلم يُنفذ لها ذلك ، كما لو طلقها في مرض موته أو أوصى لها بأكثر مما كانت ترث .

فصل : وإن اعتق أمته في صحته ، ثم تزوجها في مرضه ، صح ، وورثته بغير خلاف نعلمه . وإن اعتقها في مرضه ، ثم تزوجها ، وكانت تخرج من ثلثه ، فنقل المروذي عن أحمد ، أنها تعتق وترث . وهذا اختيار أصحابنا . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنها امرأة نكحها صحيح ، ولم يوجد في حقها مانع من موانع الإرث ، وهي الرق والقتل واختلاف الدين ، فترث ، كما لو كان / اعتقها في صحته ^(٣) . وقال الشافعي : تعتق ولا ترث ؛ لأنها لو ورثت لكان إعتاقها وصية لوارث ، فيؤدي توريثها إلى إسقاط توريثها ؛ لأن ذلك يقتضي إبطال عتقها ، فيبطل نكاحها ثم يبطل إرثها ، فكان إبطال الإرث وحده وتصحیح العتق والنكاح أولى .

و ١/٦

فصل : وإن اعتق أمة لا يملك غيرها ، ثم تزوجها ، فالنكاح صحيح في الظاهر . فإن مات ، ولم يملك شيئاً آخر ، تبين أن نكاحها باطل ، ويسقط مهرها إن كان لم يدخل بها . وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعي . ويعتق منها ثلثها ، ويرق ثلثاها . فإن كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها ، عتق منها ثلاثة أسباعها ، ويرق أربعة أسباعها . وحساب ذلك أن تقول : عتق منها شيء ، ولها بصدقها نصف شيء ، وللورثة شيان ، فيجمع ذلك فيكون ثلاثة أشياء ونصفا ، تبسطها فتكون سبعة ، لها منها ثلاثة ، ولهم أربعة ، ولا شيء للميت سواها ، فنجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعها يكون حراً والباقي للورثة . وإن أحب الورثة أن يدفعوا إليها حصتها من مهرها ، وهو سבעاها ، ويعتق منها سבעاها

(٣) في م : ١ : صحها .

وَيَسْتَرِقُوا خَمْسَةَ أَصْبَاعِهَا ، فَلَهُمْ ذَلِكَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ :
يُحْسَبُ مَهْرُهَا مِنْ قِيمَتِهَا ، وَلَهَا ثُلُثُ الْبَاقِي ، وَتُسَعَى فِيمَا بَقِيَ وَهُوَ ثُلُثُ قِيمَتِهَا . فَإِنْ
كَانَ يَمْلِكُ مَعَ الْجَارِيَةِ قَدْرَ نِصْفِ قِيمَتِهَا ، وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، عَتَقَ مِنْهَا نِصْفُهَا ، وَرَقٌّ
نِصْفُهَا ؛ لِأَنَّهُ نِصْفُهَا هُوَ ثُلُثُ الْمَالِ ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا ، عَتَقَ مِنْهَا ثَلَاثَةَ أَصْبَاعِهَا ، وَلَهَا ثَلَاثَةُ
أَصْبَاعٍ مَهْرُهَا ، وَإِنَّمَا قُلَّ الْعِتْقُ فِيهَا لِأَنَّهَا لَمَّا أَخَذَتْ ثَلَاثَةَ أَصْبَاعٍ مَهْرُهَا ، نَقَصَ الْمَالُ
بِهِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهَا ثُلُثُ الْبَاقِي ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَصْبَاعِهَا . وَحَسَابُهَا أَنْ تَقُولَ : عَتَقَ مِنْهَا شَيْءٌ ،
وَلَهَا بِمَهْرِهَا نِصْفُ شَيْءٍ ، وَلِلْوَرِثَةِ شَيْئَانِ ، يَعْدِلُ ذَلِكَ الْجَارِيَةَ وَنِصْفَ قِيمَتِهَا ،
فَالشَّيْءُ سُبْعَاها وَسُبْعَا نِصْفِ قِيمَتِهَا وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَصْبَاعِهَا ، فَهُوَ / الَّذِي عَتَقَ مِنْهَا ، وَتَأْخُذُ
نِصْفَ ذَلِكَ مِنَ الْمَالِ بِمَهْرِهَا ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَصْبَاعِهَا . فَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ مَعَهَا مِثْلَ قِيمَتِهَا ،
وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، عَتَقَ ثُلُثُهَا ، وَرَقٌّ ثُلُثُهَا ، وَبَطَلَ نِكَاحُهَا . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا عَتَقَ أَرْبَعَةَ
أَصْبَاعِهَا ، وَلَهَا أَرْبَعَةُ أَصْبَاعٍ مَهْرُهَا ، وَيَبْقَى لِلْوَرِثَةِ ثَلَاثَةُ أَصْبَاعِهَا وَخَمْسَةُ أَصْبَاعٍ
قِيمَتِهَا ، وَذَلِكَ يَعْدِلُ مِثْلَى مَا عَتَقَ مِنْهَا . وَحَسَابُهَا أَنْ تَجْعَلَ السَّبْعَةَ الْأَشْيَاءَ مُعَادِلَةً لَهَا
وَلِقِيمَتِهَا ، فَيَعْتَقُ مِنْهَا بِقَدْرِ سُبْعِي الْجَمِيعِ ، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَصْبَاعِهَا ، وَتُسْتَحَقُّ سُبْعُ
الْجَمِيعِ بِمَهْرِهَا ، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَصْبَاعٍ مَهْرُهَا . وَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ مَعَهَا مِثْلَى قِيمَتِهَا ،
عَتَقَتْ كُلُّهَا ، وَصَحَّ نِكَاحُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ إِنْ أَسْقَطَتْ مَهْرُهَا ، وَإِنْ أَبَتْ
أَنْ تُسْقِطَهُ ، لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهَا ، وَبَطَلَ (٤) نِكَاحُهَا ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ
يُقْضَى بِعِتْقِهَا وَنِكَاحِهَا ، وَلَا مَهْرُهَا ؛ لِأَنَّ إِيجَابَهُ يُفْضِي إِلَى إِسْقَاطِهِ وَإِسْقَاطِ عِتْقِهَا
وَنِكَاحِهَا ، فَإِسْقَاطُهُ وَحْدَهُ أَوْلَى . وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا ، عَمِلْنَا فِيهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ ،
فَيَعْتَقُ سِتَّةَ أَصْبَاعِهَا ، وَلَهَا سِتَّةُ أَصْبَاعٍ مَهْرُهَا ، وَيَبْطُلُ عِتْقُ سُبْعِهَا وَنِكَاحُهَا . وَلَوْ
أَعْتَقَهَا ، وَلَمْ يَتَزَوَّجْهَا ، وَوَطَّئَهَا ، كَانَ الْعَمَلُ فِيهَا فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كَالْوَتَزْوَجِهَا . وَهَذَا
مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي مِثْلِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَ الْأَخِيرَةِ ، مَا يَقْتَضِي
صِحَّةَ عِتْقِهَا وَنِكَاحِهَا ، مَعَ وَجُوبِ مَهْرِهَا ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي مَنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ أُمَّةً قِيمَتُهَا

(٤) فِي م : « وَيَبْطُل » .

مائة ، وأصدقها مائتين ، لا مال له سيواهما ، وهما مهر مثلها : يصح العتق والصدّاق والنكاح ؛ لأنّ المائتين صدّاق مثلها ، وتزويج المريض بمهر المثل صحيح نافذ . وهذا غير جيّد ؛ فإنّ ذلك يفضي إلى نفوذ العتق في المَرَض من جميع المال ، ولا أعلم به قائلًا . ولو أنّه أثلّف المائتين ، أو أصدقهما لامرأة أجنبية ، ومات ، ولم يخلف شيئًا ، لبطل عتق ثلثي الأمة ، فإذا أخذتُهما هي ، كان أولى في بطلانه . والصحيح ما ذكرنا إن شاء الله تعالى . وقال أبو حنيفة / فيما إذا ترك مثلًا قيمتها ، وكان مهرها نصف قيمتها : تُعطى مهرها وثلث الباقي ، بحسب ذلك من قيمتها ، وهو نصفها وثلثها ، فيعتق ذلك ، وتسعى في سدسها الباقي ، ويطل نكاحها . فأمّا إن خلف أربعة أمثال قيمتها ، صحّ عتقها ونكاحها وصدّاقها ، في قول الجميع ؛ لأنّ ذلك يخرج من الثلث ، وتُرت من الباقي في قول أصحابنا ، وهو قول أبي حنيفة . وقال الشافعي : لا تُرت . وهو مقتضى قول الخرقي ؛ لأنّها لو ورثت لكان عتقها وصية لوارث ، واعتبار الوصية بالموت .

٢/٦ و

فصل : ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبدًا قيمته عشرة ، وتزوَّجها بعشرة في ذمته ، ثم ماتت ، وخلفت مائة . اقتضى قول أصحابنا أن تُضمّ العشرة التي في ذمته إلى المائة ، فيكون ذلك هو التركة ، ويرث نصف ذلك ويُنقى للورثة خمسة وخمسون . وهذا مذهب أبي حنيفة . وقال صاحباه : تُحسب عليه قيمته أيضا ، وتُضم إلى التركة ، ويُنقى للورثة ستون . وقال الشافعي : لا يرث شيئًا ، وعليه أداء العشرة التي في ذمته ؛ لئلا يكون إعتاقه وصية لوارث . وهذا مقتضى قول الخرقي ، إن شاء الله تعالى .

فصل : ولو تزوَّج المريض امرأة صدّاق مثلها خمسة ، فأصدقها عشرة لا يملك غيرها ، ثم مات ، وورثته ، بطلت المحاباة ؛ لأنّها وصية لوارث ، ولها صدّاقها ورُبُع الباقي بالميراث . وإن مات قبله ، صحّت المحاباة ، ويدخلها الدَّور ، فنقول : لها مهرها وهو خمسة ، وشيء بالمُحاباة يُنقى لورثة الزوج خمسة الأشياء ، ثم رجع إليهم

نِصْفُ مَا لَهَا ، وَهُوَ دِينَارَانِ وَنِصْفُ شَيْءٍ ، صَارَ لَهُمْ سَبْعَةٌ وَنِصْفُ إِلَّا
 نِصْفُ شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، أَجْبَرُ وَقَابِلُ ، يَتَبَيَّنُ أَنَّ الشَّيْءَ ثَلَاثَةٌ ، فَيَكُونُ لَوَرَثَتِهَا أَرْبَعَةٌ ،
 وَلَوَرَثَتِهِ سِتَّةٌ . وَإِنْ خَلَقْتَ مَعَ ذَلِكَ دِينَارَيْنِ ، عَادَ إِلَى الزَّوْجِ مِنْ مِيرَاثِهَا ثَلَاثَةٌ وَنِصْفُ^(٦)
 شَيْءٍ ، صَارَ^(٧) لَهُ ثَمَانِيَةٌ وَنِصْفُ إِلَّا نِصْفُ شَيْءٍ ، / أَجْبَرُ وَقَابِلُ ، يَخْرُجُ الشَّيْءُ
 ثَلَاثَةٌ وَخُمُسَيْنِ ، فَصَارَ لَوَرَثَتِهِ سِتَّةٌ وَأَرْبَعَةُ أُخْمَاسٍ ، وَلَوَرَثَتِهَا خُمُسَةٌ وَخُمُسٌ .

٢/٦ ظ

فصل : وَإِذَا أَوْصَى بِجَارِيَةٍ لَزَوْجِهَا الْحُرَّ ، فَقَبِلَهَا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ
 لَا يَجْتَمِعُ مَعَ مِلْكِ الْيَمِينِ . وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْمُوصَى لَهُ إِتْمَا يَمْلِكُ الْقَبُولَ ، فَحِينَئِذٍ
 يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ إِذَا قَبِلَ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمِلْكَ كَانَ ثَابِتًا مِنْ حِينَ مَوْتِ
 الْمُوصَى ، فَتَبَيَّنَ حِينَئِذٍ أَنَّ النِّكَاحَ انْفَسَخَ مِنْ حِينَ مَوْتِ الْمُوصَى ، فَإِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ لَمْ
 تَحُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَكُونَ حَامِلًا بِهِ حِينَ الْوَصِيَّةِ ، وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَنْ
 تَأْتِيَ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ أَوْصَى ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكُونُ مُوصَى بِهِ^(٨) مَعَهَا ؛ لِأَنَّ
 لِلْحَمْلِ حُكْمًا ، وَلِهَذَا صَحِحُ الْوَصِيَّةِ بِهِ وَلَهُ^(٩) ، وَإِذَا صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ مُتَفَرِّدًا ،
 صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ مَعَ أُمِّهِ ، فَيَصِيرُ كَالَوْ كَانَ مُتَفَصِّلًا فَأَوْصَى بِهِمَا جَمِيعًا . وَفِيهِ وَجْهٌ
 آخَرُ ، لَا حُكْمَ لِلْحَمْلِ ، فَلَا يَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ^(٩) لَهُ الْحُكْمُ عِنْدَ
 انْفِصَالِهِ ، كَأَنَّهُ حَدَّثَ حِينَئِذٍ . فَعَلَى هَذَا إِنْ انْفَصَلَ فِي حَيَاةِ الْمُوصَى ، فَهُوَ لَهُ ، كَسَائِرِ
 كَسْبِهَا ، وَإِنْ انْفَصَلَ بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ ، فَهُوَ لِلْوَرَثَةِ ، عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ، وَإِنْ
 انْفَصَلَ بَعْدَهُ ، فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ . الْحَالُ الثَّانِي ، أَنْ تَحْمِلَ بِهِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ فِي حَيَاةِ
 الْمُوصَى ، وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَنْ تَضَعَهُ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ أَوْصَى ؛ لِأَنَّهَا وَلَدَتْهُ لِمُدَّةِ

(٥) سقط من : م .

(٦) في الزيادة : « وَنِصْفُ » .

(٧) في م : « فَصَارَ » .

(٨) في م : « لَهُ » .

(٩) في أ ، م : « ثَبِتَ » .

الحَمْلُ بَعْدَ الوَصِيَّةِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا حَمَلَتْهُ بَعْدَهَا فَلَمْ يَتَنَاوَلْهُ . وَالْأَصْلُ عَدَمُ الحَمْلِ حَالِ الوَصِيَّةِ ، فَلَا تُثْبِتُهُ بِالشَّكِّ ، فَيَكُونُ مَمْلُوكًا لِلْمُوصِي إِنْ وَلَدَتْهُ فِي حَيَاتِهِ . وَإِنْ وَلَدَتْهُ بَعْدَهُ ، وَقُلْنَا : لِلْحَمْلِ حُكْمٌ . فَكَذَلِكَ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا حُكْمَ لَهُ . فَهُوَ لِلْوَرَثَةِ إِنْ وَلَدَتْهُ قَبْلَ القَبُولِ ، وَلَا بَيِّنَةٌ إِنْ وَضَعَتْهُ بَعْدَهُ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ كَانَ الْوَلَدُ لِلْمُوصَى لَهُ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ ابْنُهُ ، وَعَلَيْهِ وَلَاءٌ لِأَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِ بِالْقَرَابَةِ ، وَأُمُّهُ أُمَةٌ يَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا بِالْمِلْكِ ، وَلَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَعْلُقْ مِنْهُ بِحُرِّ فِي مِلْكِهِ . الْحَالُ الثَّلَاثُ ، / أَنْ تُحْمَلَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصَى وَقَبْلَ القَبُولِ ، وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَنْ تَضَعَهُ لِأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ المَوْتِ ، فَإِنْ وَضَعَتْهُ قَبْلَ القَبُولِ أَيْضًا ، فَهُوَ لِلْوَارِثِ ، فِي ظَاهِرِ المَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ إِثْمًا ثَبَتَ لِلْمُوصَى لَهُ بَعْدَ القَبُولِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ ، يَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ . وَإِنْ وَضَعَتْهُ بَعْدَ القَبُولِ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ لِلْحَمْلِ حُكْمًا ، فَيَكُونُ حَادِثًا عَلَى (١٠) مِلْكِ الْوَارِثِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ ، يَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ ، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ حُرًّا أَوْ لَاءً عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ ، لَكُنُونَهَا عُلِقَتْ مِنْهُ بِحُرِّ فِي مِلْكِهِ ، فَيَصِيرُ كَأَلَوْ حَمَلَتْ بِهِ بَعْدَ القَبُولِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ قَرِيبٌ مِمَّا قُلْنَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا وَضَعَتْهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصَى ، دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهَا تُسْتَقَرُّ بِالمَوْتِ وَتُلْزَمُ ، فَوَجَبَ أَنْ تَسْرَى إِلَى الْوَلَدِ ، كَالْكَسْبِ ، وَإِذَا أَوْصَى يَعْتَقُ جَارِيَةً فَوَلَدَتْ . وَتُفَارِقُ الْاسْتِيلَادَ ؛ لِأَنَّ لَهُ تَعْلِيلًا وَسِرَاطَةً . وَهَذَا التَّفْرِيعُ فِيمَا إِذَا خَرَجَتِ الْجَارِيَةُ مِنَ الثَّلْثِ ، وَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ مِنَ الثَّلْثِ ، مَلَكَ مِنْهَا بِقَدْرِ الثَّلْثِ ، وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ بَعْضِهَا يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ ، كِمِلْكِ جَمِيعِهَا . وَكُلُّ مَوْضِعٍ يَكُونُ الْوَلَدُ فِيهِ لِأَبِيهِ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ لَهُ (١١) مِنْهُ هُنَا بِقَدْرِ مَا مَلَكَ مِنْ أُمِّهِ ، وَيَسْرَى الْعِتْقُ إِلَى بَاقِيهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ،

(١٠) فِي م : ١ : عَنْ .

(١١) سَقَطَ مِنْ : م .

وإن كان مُعْسِرًا فقد عَتَقَ منه ما مَلَكَ وحده . وكلُّ مَوْضِعٍ قلنا : تكون أُمُّ وَلَدٍ . فإنَّها تُصَيِّرُ أُمُّ وَلَدٍ هُنَا . سواءً كان مُوسِرًا أو مُعْسِرًا ، على قول الخِرَقِيِّ ، كما إذا اسْتَوْلَدَ الأُمَّةَ المُشْتَرَكَةَ . وقال القاضي : يَصَيِّرُ منها أُمُّ وَلَدٍ بِقَدْرِ ما مَلَكَ منها . وهذا مذهب الشافِعِيِّ .

٩٥٨ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، بَطَلَتْ الوَصِيَّةُ)

هذا قول أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ . رَوَى ذلك عن عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ . وبه قال / ٣/٦ ظ
الزُّهْرِيُّ ، وَحَمَّادُ بْنُ أَبِي سَلِيمَانَ ، وَرَبِيعَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وقال الحَسَنُ : تكون لَوَلَدِ الْمُوصَى له . وقال عَطَاءٌ : إذا عَلِمَ الْمُوصِي بِمَوْتِ الْمُوصَى له ، ولم يَحْدُثْ فيما أَوْصَى به شَيْئًا ، فهو لِوَارِثِ الْمُوصَى له ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ بَعْدَ^(١) عَقْدِ الوَصِيَّةِ ، فيَقُومُ الوَارِثُ مَقَامَهُ ، كما لو مَاتَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَقَبْلَ القَبُولِ . ولنا ، أَنَّهَا عَطِيَّةٌ صَادَقَتْ المُعْطَى مِيتًا ، فلم تَصِحَّ ، كما لو وَهَبَ مِيتًا ؛ وذلك لِأَنَّ الوَصِيَّةَ عَطِيَّةٌ بَعْدَ المَوْتِ ، وإذا مَاتَ قَبْلَ القَبُولِ بَطَلَتْ الوَصِيَّةُ أَيْضًا . وإن سَلَّمْنَا صِحَّتْهَا ، فَإِنَّ العَطِيَّةَ صَادَقَتْ حَيًّا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : ولا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ لِمَيِّتٍ . وبهذا قال أبو حنيفة ، وَالشَّافِعِيُّ . وقال مالِكٌ : إن عَلِمَ أَنَّهُ مَيِّتٌ ، فَهِيَ جَائِزَةٌ ، وَهِيَ لَوَرَّثْتَهُ بَعْدَ قَضَاءِ دُيُونِهِ وَتَنْفِيذِ وُصَايَاهُ ؛ لِأَنَّ العَرَضَ نَفْعُهُ بها ، وبهذا يَحْصُلُ له النِّفْعُ ، فَأَشْبَهَ ما لو كان حَيًّا . ولنا ، أَنَّهُ أَوْصَى لِمَنْ لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ له ، إذا لم يَعْلَمْ حالَهُ ، فلم تَصِحَّ إذا عَلِمَ حالَهُ ، كَالِهَيْمَةِ . وفارَقَ الحَيَّ ؛ فَإِنَّ الوَصِيَّةَ تَصِحُّ له في الحَالَيْنِ ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إِلَى القَبُولِ ، فلم يَصِحَّ لِلْمَيِّتِ ، كَالِهَيْمَةِ . إِذَا ثَبَتَ هذا ، فَإِذَا أَوْصَى بِثُلْثِهِ ، أَوْ بِمِائَةِ لَائِثَيْنِ حَتَّى مَيِّتَ ، فَلِلْحَيِّ

(١) في م : قبل .

نِصْفُ الْوَصِيَّةِ ، سواءَ عَلِمَ مَوْتَ الْمَيِّتِ أَوْ جَهْلَهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَيْ حَنِيفَةٍ ، وَإِسْحَاقَ ،
وَالْبَصْرِيِّينَ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٌ : إِذَا قَالَ : هَذِهِ الْمِائَةُ لِفُلَانٍ
وَفُلَانٍ . فَهِيَ لِلْحَيِّ مِنْهُمَا . وَإِنْ قَالَ : بَيْنَ فُلَانٍ وَفُلَانٍ . فَوَاقَفْنَا الثَّوْرِيَّ فِي أَنْ نِصْفَهَا
لِلْحَيِّ . وَعَنِ الشَّافِعِيِّ كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : عِنْدِي أَنَّهُ إِذَا عَلِمَهُ مَيِّتًا ،
فَالْجَمِيعُ لِلْحَيِّ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْهُ مَيِّتًا ، فَلِلْحَيِّ النِّصْفُ . وَقَدْ نُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى
هَذَا الْقَوْلِ . فَإِنَّهُ ^(٢) قَالَ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ : إِذَا أَوْصَى لِفُلَانٍ وَفُلَانٍ بِمِائَةٍ ، فَبَانَ
أَحَدُهُمَا مَيِّتًا ، فَلِلْحَيِّ خَمْسُونَ . فَقِيلَ لَهُ : أَلَيْسَ إِذَا قَالَ : ثَلَاثِي لِفُلَانٍ وَلِلْحَائِطِ ، أَنَّ الثَّلَاثَ
كُلَّهُ لِفُلَانٍ ؟ فَقَالَ : وَأَيُّ شَيْءٍ يُشَبِّهِ هَذَا ، الْحَائِطُ لَهُ مِلْكٌ ! فَعَلَى هَذَا مَتَى ^(٣) شَرَكَ بَيْنَ مَنْ
تَصَحَّحُ / الْوَصِيَّةُ لَهُ وَمَنْ لَا تَصَحَّحُ ، مِثْلَ أَنْ يُوصِيَ لِفُلَانٍ أَوْ لِلْمَلِكِ ^(٤) وَلِلْحَائِطِ ، أَوْ
لِفُلَانٍ الْمَيِّتِ ، فَالْمُوصَى بِهِ كُلُّهُ لِمَنْ تَصَحَّحُ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا
شَرَكَ بَيْنَهُمَا فِي هَذِهِ الْحَالِ ، عَلِمَ أَنَّهُ قَصَدَ بِالْوَصِيَّةِ كُلَّهَا مَنْ تَصَحَّحُ الْوَصِيَّةُ لَهُ . وَإِنْ لَمْ
يَعْلَمْ الْحَالِ ، فَلَمَنْ تَصَحَّحُ الْوَصِيَّةُ لَهُ نِصْفُهَا ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِصْصَالَ نِصْفِهَا إِلَيْهِ ، وَإِلَى الْآخَرِ
النِّصْفِ الْآخَرَ ^(٥) ، ظَنًّا مِنْهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَهُ صَحِيحَةٌ ، فَإِذَا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ فِي حَقِّ
أَحَدِهِمَا ، صَحَّتْ فِي حَقِّ الْآخَرِ بِقِسْطِهِ ، كَتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ،
أَنَّهُ جَعَلَ الْوَصِيَّةَ لِاثْنَيْنِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ أَحَدُهُمَا جَمِيعَهَا ، كَمَا لَوْ كَانَا مِمَّنْ تَصَحَّحُ الْوَصِيَّةُ
لَهُمَا فَمَاتَ أَحَدُهُمَا ، أَوْ كَمَا لَوْ لَمْ يَعْلَمْ الْحَالِ . فَأَمَّا إِنْ وَصَّى لِاثْنَيْنِ حَيَّيْنِ ، فَمَاتَ
أَحَدُهُمَا ، فَلَا آخَرَ نِصْفِ الْوَصِيَّةِ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا إِخْلَافًا . وَكَذَلِكَ لَوْ بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ
فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا ؛ لِرَدِّهَا ، أَوْ لِيُخْرِجَهُ عَنْ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِهَا . وَلَوْ قَالَ : أَوْصَيْتُ

٤/٦ و

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « إِذَا » .

(٤) في م : « وَلِلْمَلِكِ » .

(٥) سقط من : الأصل .

لكل واحدٍ من فلانٍ وفلانٍ ينصفُ الثلثَ ، أو ينصفُ المائة ، أو بخمسين . لم يستحقَّ
أحدهما أكثرَ من نصفِ الوصية ، سواء كان شريكه حياً أو ميتاً ؛ لأنه عيِّن وصيته في
النصف ، فلم يكن له حقٌ فيما سواه .

٩٥٩ - مسألة ؛ قال : (وإن ردَّ الموصي له الوصية ، بعد موت الموصي ،
بطلت الوصية)

لا يخلو^(١) ردُّ الوصية من أربعة أحوال ؛ أحدها ، أن يردها قبل موت الموصي ،
فلا يصحُّ الردُّ ههنا ؛ لأنَّ الوصية لم تقع بعد ، فأشبهه ردَّ المبيع قبل إيجاب البيع ،
ولأنَّه ليس بمحلٍّ للقبول ، فلا يكون محلاً للردِّ ، كما قبل الوصية . والثانية ، أن يردها
بعد الموت ، وقبل القبول ، فيصحُّ الردُّ ، وتبطل الوصية . لا نعلم فيه خلافاً^(٢) ؛
لأنَّه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذَه ، فأشبهه عفو الشفيع عن الشفيع بعد
البيع . والثالثة ، أن يرده بعد القبول والقبض ، فلا يصحُّ الردُّ ؛ لأنَّ ملكه / قد استقرَّ
عليه ، فأشبهه ردَّه لسائر ملكه ، إلا أن يرضى الورثة بذلك ، فتكون هبة منه لهم تفتقر
إلى شروط الهبة . والرابعة ، أن يرده بعد القبول وقبل القبض ، فينظر ؛ فإن كان
الموصي به مكيلاً أو موزوناً ، صحَّ الردُّ ؛ لأنَّه لا يستقرُّ ملكه عليه قبل قبضه ، فأشبهه
ردَّه قبل القبول ، وإن كان غير ذلك ، لم يصحَّ الردُّ ؛ لأنَّ ملكه^(٣) قد استقرَّ عليه ،
فهو كالمقبوض . ويحتمل أن يصحَّ الردُّ ، بناءً على أن القبض معتبر فيه . ولأصحاب
الشافعية في هذه الحال وجهان ؛ أحدهما ، يصحُّ الردُّ في الجميع ، ولا فرق بين المكيل
والموزون وغيرهما . وهذا المنصوص عن الشافعية ؛ لأنَّهم لما ملكوا الردَّ من غير
قبول ، ملكوا الردَّ من غير قبض ، ولأنَّ ملك الوصي لم يستقرَّ عليه قبل القبض ، فصحَّ
ردُّه ، كما قبل القبول . والثاني ، لا يصحُّ الردُّ ؛ لأنَّ الملك يحصل بالقبول من غير
قبض .

(١) في م زيادة : « إذا » .

(٢) في الأصل : « اختلافاً » .

(٣) في : « الملك » .

فصل : وكل موضع صحَّ الرُّدُّ فيه ، فإنَّ الوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بِالرُّدِّ ، وتَرْجِعُ إِلَى التَّرِكَةِ ، فتَكُونُ لِلْوَرَاثِ جَمِيعِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ ثُبُوتُ الْحَقِّ ^(٤) لَهُمْ ، وَإِنَّمَا خَرَجَ بِالْوَصِيَّةِ ، فَإِذَا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ، رَجَعَ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، كَأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَمْ تُوجَدْ . وَلَوْ عَيَّنَ بِالرُّدِّ وَاحِدًا ، وَقَصَدَ تَخْصِيصَهُ بِالْمَرْدُودِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ، وَكَانَ لَجَمِيعِهِمْ ؛ لِأَنَّ رَدَّهُ امْتِنَاعٌ مِنْ تَمَلُّكِهِ ، فَيَقْبَى عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْ دَفْعَهُ إِلَى أَجْنَبِيٍّ ، فَلَمْ يَمْلِكْ دَفْعَهُ إِلَى وَارِثٍ يَخْصُهُ بِهِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ امْتَنَعَ الرُّدُّ ^(٥) لِسِتْقَرَارِ مِلْكِهِ عَلَيْهِ ، فَلَهُ أَنْ يَخْصُ ^(٦) بِهِ وَاحِدًا مِنَ الْوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ هَبَةٍ ، وَيَمْلِكُ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى أَجْنَبِيٍّ ، فَمَلَكْ دَفْعَهُ إِلَى وَارِثٍ . فَلَوْ قَالَ : رَدَدْتُ هَذِهِ الْوَصِيَّةَ لِفُلَانٍ . قِيلَ لَهُ : مَا أَرَدْتَ بِقَوْلِكَ لِفُلَانٍ ؟ فَإِنْ قَالَ ^(٧) : أَرَدْتُ تَمْلِيكَهَ إِيَّاهَا ، وَتَخْصِيصَهَ بِهَا . فَقَبِلَهَا ، اخْتَصَّ بِهَا ، وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ رَدَّهَا إِلَى جَمِيعِهِمْ ، لِيَرْضَى فُلَانٌ . عَادَتْ إِلَى جَمِيعِهِمْ إِذَا قَبِلُوهَا ، فَإِنْ قَبِلَهَا بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ ، فَلَمَنْ قَبِلَ حَصَّتْ مِنْهَا .

فصل : وَيَخْصُلُ الرُّدُّ بِقَوْلِهِ : رَدَدْتُ الْوَصِيَّةَ . وَقَوْلُهُ : لَا أَقْبِلُهَا . وَمَا أَدَّى هَذَا الْمَعْنَى . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَوْصَى ^(٨) لِرَجُلٍ بِالْأَلْفِ ، فَقَالَ : لَا أَقْبِلُهَا . فَهِيَ لَوَرِثَتِهِ . يَعْنِي لَوَرِثَةِ الْمُوصِي .

٩٦٠ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَقْبَلَ أَوْ يَرُدَّ ، قَامَ وَارِثُهُ فِي ذَلِكَ مَقَامَهُ ، إِذَا كَانَ مَوْتُهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي)

اِخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيمَا إِذَا مَاتَ الْمُوصِي لَهْ قَبْلَ الْقَبُولِ وَالرُّدِّ ، بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ،

(٤) فِي م : « الْحَكْم » .

(٥) فِي م زِيَادَةٌ : « فِيهِ » .

(٦) فِي م : « يَخْصُ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٨) فِي م : « قَالَ أَوْصَيْتَ » .

فذهب الخرقى إلى أن واريته يقوم مقامه في القبول والرد ؛ لأنه حق ثبت (١) للموروث فثبت للوارث (٢) بعد موته ، لقوله عليه السلام : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا (٣) فَلِوَرَثَتِهِ » . وكخيار الرد بالعيب ، وذهب أبو عبد الله ابن حامد إلى أن الوصية تبطل ؛ لأنه عقد يفتقر إلى القبول ، فإذا مات مَنْ له القبول قبله ، بطل العقد ، كالهبة . قال القاضي : هو قياس المذهب ؛ لأنه خيار لا يعتاض عنه ، فبطل بالموت ، كخيار المجلس والشرط وخيار الأخذ بالشفعة . وقال أصحاب الرأي : تلزم الوصية في حق الوارث ، وتدخل في ملكه حكماً بغير قبول ؛ لأن الوصية قد لزمت من جهة الموصى ، وإنما الخيار للموصى له ، فإذا مات ، بطل خياره ، ودخل في ملكه ، كما لو اشترى شيئاً على أن الخيار له ، فمات قبل انقضائه . ولنا ، على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له ، أنها عقد لازم من أحد الطرفين ، فلم تبطل بموت مَنْ له الخيار ، كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما ، ولأنه عقد لا يبطل بموت الموجب له (٤) ، فلا يبطل بموت الآخر ، كالذي ذكرنا . ويفارق الهبة والبيع قبل القبول ، من الوجهين اللذين ذكرناهما ، وهوانه جائز من الطرفين ، ويبطل بموت الموجب له ، ولا يصح قياسه على الخيارات ؛ لأنه لم يبطل الخيار ، ويلزم العقد ، فتظيره في مسألتنا قول أصحاب الرأي . ولنا ، على إبطال / قولهم أنه عقد يفتقر إلى قبول المتملك ، فلم يلزم قبل القبول ، كالبيع والهبة . إذا ثبت هذا ، فإن الوارث يقوم مقام الموصى له في القبول والرد ؛ لأن كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت ، قام الوارث فيه مقامه . فعلى هذا ، إن رد الوارث الوصية بطلت ، وإن قبلها صححت ، (٥) وثبت الملك بها (٥) .

(١ - ١) في م : « للمورث ثبت للموروث » .

(٢) في ا ، م : « حقه » .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٢ .

(٤) سقط من : ا ، م .

(٥ - ٥) في ا : « وثبت له الملك فيها » .

وإن كان الوارث جماعةً ، اعتُبرَ القَبُولُ أو الرَّدُّ من جَمِيعِهِمْ ، فإن رَدَّ بعضهم وقَبِلَ بعضٌ ، ثَبِتَ للقَابِلِ حِصَّتُهُ ، وبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ في حَقِّ من رَدَّ . فإن كان فيهم مَنْ ليس من أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، قَامَ وَلِيُّهُ مَقَامَهُ في القَبُولِ والرَّدِّ ، وليس له أن يَفْعَلَ إِلَّا مَا لِلْمُوَلَّى عَلَيْهِ الحَظُّ فيه ، فإن فَعَلَ غَيْرَهُ لم يَصِحَّ ، فإذا كان الحَظُّ في قَبُولِهَا فَرَدَّهَا ، لم يَصِحَّ رَدُّهُ ، وكان له قَبُولُهَا بعد ذلك . وإن كان الحَظُّ في رَدِّهَا فَقَبِلَهَا ، لم يَصِحَّ قَبُولُهُ ؛ لأنَّ الوَلِيَّ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في حَقِّ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ بغير ما له الحَظُّ فيه . فلو أَوْصَى لِصَبِيٍّ بِذِي رَحِمٍ لَهُ يَعْتَقُ بِمِلْكِهِ لَهُ ، وكان على الصَّبِيِّ ضَرَرٌّ في ذلك ، بأن تَلْزِمَهُ نَفَقَةُ الْمُوصَى بِهِ ، لكونه فَقِيرًا لَا كَسْبَ لَهُ ، وَالْمُوَلَّى عَلَيْهِ مُوسِرٌ ، لم يَكُنْ له قَبُولُ الوَصِيَّةِ ، وإن لم يَكُنْ عَلَيْهِ ضَرَرٌّ لَكَوْنِ الْمُوصَى بِهِ ذَا كَسْبٍ ، أَوْ كَوْنِ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ فَقِيرًا لَا تَلْزِمُهُ نَفَقَتُهُ ، تَعَيَّنَ قَبُولُ الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّ في ذلك نَفْعًا لِلْمُوَلَّى عَلَيْهِ ، لِعَتَقِ قَرَاتِيهِ ، وَتَحْرِيرِهِ ، من غير ضَرَرٍ يَعُودُ عَلَيْهِ ، فَتَعَيَّنَ ذلك . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَلَا يَمْلِكُ الْمُوصَى لَهُ الوَصِيَّةُ إِلَّا بِالْقَبُولِ ، في قول جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ ، إذا كانت لِمُعَيَّنٍ يُمَكِّنُ الْقَبُولُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ مَالِ لِمَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْمِلْكِ مُتَعَيَّنٍ ، فَاعْتَبِرَ قَبُولُهُ ، كَالْهَبَةِ وَالْبَيْعِ . قال أَحْمَدُ : الْهَبَةُ وَالْوَصِيَّةُ وَاحِدٌ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ لغير مُعَيَّنٍ ، كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَمَنْ لَا يُمَكِّنُ^(٦) حَصْرُهُمْ ، كِبَنِي هَاشِمٍ وَتَيْمِيمٍ ، أَوْ عَلَى مَصْلَحَةٍ كَمَسْجِدٍ أَوْ حَجٍّ ، لم يَفْتَقِرْ إِلَى قَبُولٍ ، وَلَزِمَتْ بِمَجَرِّدِ الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْقَبُولِ مِنْ جَمِيعِهِمْ مُتَعَذِّرٌ ، فَيَسْقُطُ اعْتِبَارُهُ ، كَالْوَقْفِ / عَلَيْهِمْ ، وَلَا يَتَعَيَّنُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَيُكْتَفَى بِقَبُولِهِ ، وَلِذَلِكَ لو كان فيهم ذُو رَحِمٍ مِنَ الْمُوصَى بِهِ ، مثل أن يُوصَى بِعَبْدٍ لِلْفُقَرَاءِ وَأَبُوهُ فَقِيرٌ ، لم يَعْتَقَ عَلَيْهِ . وَلِأَنَّ الْمِلْكَ لَا يَثْبُتُ لِلْمَوْصَى لَهُمْ ، بِدَلِيلِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَسْأَلَةِ ، وَإِنَّمَا ثَبِتَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِالْقَبْضِ ، فَيَقُومُ قَبْضُهُ مَقَامَ قَبُولِهِ . أَمَّا الْآدَمِيُّ الْمُعَيَّنُ ، فَيَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ ، فَيُعْتَبَرُ قَبُولُهُ ، لَكِنْ لَا يَتَعَيَّنُ الْقَبُولُ بِاللَّفْظِ ، بَلْ يُجْزَى

و ٦/٦

(٦) في م : « يملك » .

ما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضى ، كقولنا فى الهبة والبيع . ويجوز القبول على الفور والتراخى . ولا يكون إلا بعد موت الموصى ؛ لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق . ولذلك لم يصح رده . فإذا قبل ، ثبت الملك له من ^(٧) حين القبول ، فى الصحيح من المذهب . وهو قول مالك ، وأهل العراق . وروى عن الشافعى . وذكر أبو الخطاب فى المسألة وجها آخر ، أنه إذا قبل ، تبين أن الملك ثبت ^(٨) حين موت الموصى . وهو ظاهر مذهب الشافعى ؛ لأن ما وجب انتقاله بالقبول ، وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب ، كالهبة والبيع ، ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَنْبٍ ﴾ ^(٩) . ولأن الإرث بعد الوصية ، ولا يتبقى للميت ؛ لأنه صار جمادا لا يملك شيئا . وللشافعى قول ثالث غير مشهور ، أن الوصية تملك بالموت ، ويحكم بذلك قبل القبول ؛ لما ذكرنا . ولنا ، أنه تملك ^(١٠) عين لمعين يفتقر إلى القبول ، فلم يسبق الملك القبول ، كسائر العقود ، ولأن القبول من تمام السبب ، والحكم لا يتقدم سببه ، ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطا أو جزءا من السبب ، والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ، ولأن الملك فى الماضى لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل . فإن قيل : فلو قال لامرأته : أنت طالق قبل موتى بشهر . ثم مات ، تبين وقوع الطلاق قبل موته بشهر . قلنا : ليس هذا شرطا فى وقوع الطلاق ، وإنما تبين به الوقت الذى يقع فيه الطلاق . ولو قال : إذا مت فأنث طالق قبله بشهر . لم يصح . وأما انتقاله من جهة الموجب فى سائر العقود ، فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول ، فهو كمسألتنا ، غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم يسير ،

(٧) سقط من : الأصل ، ١ .

(٨) فى م : « ثبت » .

(٩) سورة النساء ١١ .

(١٠) فى م : « تملك » .

لَا يَظْهَرُ لَهُ أَثَرٌ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . قَوْلُهُمْ : إِنْ الْمَلِكُ لَا يَثْبُتُ لِلْوَارِثِ . مَمْنُوعٌ ؛ فَإِنَّ الْمَلِكَ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ بِحُكْمِ الْأَصْلِ ، إِلَّا أَنْ يَمْنَعَ مِنْهُ مَانِعٌ . وَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ ﴾ . قُلْنَا : الْمُرَادُ بِهِ وَصِيَّةٌ مَقْبُولَةٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَقْبَلْ لَكَانَ مِلْكًا لِلْوَارِثِ ، وَقَبْلَ قَبُولِهَا فَلَيْسَتْ مَقْبُولَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ : ﴿ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ ﴾ ^(١١) . أَيْ لَكُمْ ذَلِكَ مُسْتَقَرٌّ . فَلَا يَمْنَعُ هَذَا ثُبُوتَ الْمَلِكِ غَيْرَ مُسْتَقَرٍّ ، وَلِهَذَا لَا يَمْنَعُ الَّذِينَ ثُبُوتَ الْمَلِكِ فِي التَّرَكَةِ ، وَهُوَ آكَدُ مِنَ الْوَصِيَّةِ . وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ الْمَلِكَ لَا يَثْبُتُ لِلْوَارِثِ ، فَإِنَّهُ يَبْقَى مِلْكًا لِلْمَيِّتِ ، كَمَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يَبْقَى لَهُ مِلْكٌ . مَمْنُوعٌ ؛ فَإِنَّهُ يَبْقَى مِلْكُهُ فِيمَا يَخْتِاجُ إِلَيْهِ مِنْ مُؤْنَةٍ تَجْهِيْزِهِ وَدَفْنِهِ ، وَقَضَاءِ دُيُونِهِ . وَيَجُوزُ أَنْ يَتَجَدَّدَ لَهُ مِلْكٌ فِي دَيْنِهِ ^(١٢) إِذَا قَبِلَ ، وَفِيمَا إِذَا نَصَبَ شَبَكَةً فَوَقَعَ فِيهَا صَيِّدٌ بَعْدَ مَوْتِهِ ، بَحَيْثُ تُقْضَى دُيُونُهُ ، وَتُنْفَذُ وَصَايَاهُ ، وَيُجَهَّزُ إِنْ كَانَ قَبْلَ تَجْهِيْزِهِ ، فَهَذَا يَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ ، لِتَعَدُّرِ انْتِقَالِهِ إِلَى الْوَارِثِ مِنْ أَجْلِ الْوَصِيَّةِ ، وَامْتِنَاعِ انْتِقَالِهِ إِلَى الْوَصِيِّ قَبْلَ تَمَامِ السَّبَبِ ، فَإِنْ رَدَّ الْمُوصَى لَهُ ، أَوْ قَبِلَ ، انْتَقَلَ حِينَئِذٍ . فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ ، وَأَنَّهُ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ ^(١٣) الْمَلِكُ عَلَى وَجْهِ لَا يُفِيدُ إِبَاحَةَ التَّصَرُّفِ ، كَثْبُوتِهِ فِي الْعَيْنِ الْمَرْهُونَةِ ، فَلَوْ بَاعَ الْمُوصَى بِهِ ، أَوْ رَهَنَهُ ، أَوْ أَعْتَقَهُ ، أَوْ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ ذَلِكَ ، لَمْ يَنْفَذْ شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ . وَلَوْ كَانَ الْوَارِثُ ابْنًا لِلْمُوصَى بِهِ ، مِثْلَ أَنْ تَمْلِكَ امْرَأَةً زَوْجَهَا الَّذِي لَهَا مِنْهُ ابْنٌ ، فَتُوصَى بِهِ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَإِذَا مَاتَ انْتَقَلَ الْمَلِكُ فِيهِ إِلَى ابْنِهِ إِلَى حِينِ الْقَبُولِ ، وَلَا يَغْتَقِ عَلَيْهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فِيمَا يَخْتَلِفُ مِنَ الْفُرُوعِ بِاخْتِلَافِ الْمَذْهَبَيْنِ ، مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا حَدَثَ لِلْمُوصَى بِهِ / نَمَاءٌ مُنْقَصِلٌ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصَى ، وَقَبْلَ الْقَبُولِ ، كَالثَّمَرَةِ وَالشَّجَارِ

٧/٦ و

(١١) سورة النساء ١١

(١٢) في م : د ديونه هـ

(١٣) سقط من : ا .

والكسب ، فهو للورثة . وعلى الوجه الآخر ، يكون للموصى له . ولو أوصى بأمة لزوجها ، فأولدها بعد موت الموصى ، وقبل القبول^(١٤) ، فولده رقيق للوارث . وعلى الوجه الآخر ، يكون حر الأصل ، ولا ولأه عليه ، وأمه أم ولد ؛ لأنها علفت منه بحر في ملكه . وإن مات الموصى له قبل القبول والرد ، فلوارثه قبولها ، فإن قبلها ، ملك الجارية وولدها ، وإن كان ممن يعتق الولد عليه عتق ، ولم يرث من ابنه شيئا . وعلى الوجه الآخر ، تكون الجارية أم ولد ، ويرث الولد أباه ، فإن كان يحجب الوارث القابل حجبته . وقال أكثر أصحاب الشافعي : لا يرث الولد ههنا شيئا ؛ لأن توريته يمنع قول القابل وإراثا ، فيبطل قبوله ، فيفضى إلى الدور ، وإلى إبطال ميراثه ، فأشبه ما لو أقر الوارث بمن يحجبه عن الميراث . وقد ذكرنا في الإقرار ما يدفع هذا ، وأن المقر به يرث ، فكذا ههنا . ويعتبر قبول من هو وارث في حال اعتبار القبول ، كما يعتبر في الإقرار إقرار من هو وارث حال الإقرار . والله أعلم . ومن ذلك ، لو أوصى لرجل بأبيه ، فمات الموصى له قبل القبول ، فقبل ابنه ، صح ، وعتق عليه الجد ، ولم يرث من ابنه شيئا ؛ لأن حرثته إنما حدثت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره . وعلى الوجه الآخر ، ثبتت حرثته من حين موت الموصى ، فيرث من ابنه السدس . وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يرث أيضا ؛ لأنه لو ورث لاعتبر قبوله ، ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحرثته ، وإذا لم يحجز اعتباره ، لم يعتق ، فيؤدى توريته إلى إبطال توريته . وهذا فاسد ؛ فإنه لو أقر جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ، ثبت نسبه وورث ، مع أنه يخرج المقررون به عن كونهم جميع الورثة . ومن ذلك ، أنه لو مات الموصى له ، فقبل وإراثه ، لثبت الملك للوارث القابل ابتداء من جهة الموصى ، لا من جهة موروثه ، ولم يثبت للموصى له شيء ، فحينئذ لا تقضى ديونته ، ولا تنفذ وصاياه ، ولا يعتق من يعتق عليه ، وإن كان فيهم من يعتق على الوارث ، عتق عليه ، وكان ولأوه دون الموصى له . وعلى الوجه الآخر ، يتبين أن الملك كان ثابتا

٧/٦ ظ

(١٤) في الأصل ، ١ : ٥ قبولها .

لِلْمُوصَى لَهُ ، وَأَنَّهُ انْتَقَلَ مِنْهُ إِلَى وَارِثِهِ ، فَتَنَعَسَ هَذِهِ الْأَحْكَامُ ، فَتَقَضَى دُيُونُهُ ، وَتُنْفَذَ وَصَايَاهُ ، وَيَعْتَقُ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَلَهُ وَلَاؤُهُ ، يَخْتَصُّ بِهِ الذُّكُورُ مِنْ وَرَثَتِهِ . وَمِنْ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمُوصَى بِهِ لَوْ كَانَ أُمَةً ، فَوَطَّئَهَا الْوَارِثُ ، فَأَوْلَدَهَا ، صَارَتْ أُمٌ وَلَدِلَهُ ، وَوَلَدُهَا حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ وَطَّئَهَا فِي مِلْكِهِ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا لِلْمُوصَى لَهُ إِذَا قَبِلَهَا . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ قَضَيْتُمْ بَعْتِهَا هُنَا ، وَهِيَ لَا تَعْتَقُ بِإِعْتَاقِهَا ؟ قُلْنَا : الْاِسْتِيلَادُ أَقْوَى ، وَلِذَلِكَ يَصِحُّ مِنَ الْمَجْنُونِ ، وَالرَّاهِنِ ، وَالْأَبِ ، وَالشَّرِيكِ الْمُعْسِرِ ، وَإِنْ لَمْ يَنْفَذْ إِعْتَاقَهُمْ ^(١٥) . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ ، يَكُونُ وَلَدُهُ ^(١٦) رَقِيقًا ، وَالْأُمَةُ بَاقِيَةً عَلَى الرُّقِّ . وَإِنْ وَطَّئَهَا الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ قَبُولِهَا ، كَانَ ذَلِكَ قَبُولًا لَهَا ، وَبَتَّ الْمِلْكُ لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي الْمِلْكِ ، فَأَقْدَامُهُ عَلَيْهِ دَلِيلٌ عَلَى اخْتِيَارِهِ الْمِلْكَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَطَّئَ مَنْ لَهُ الرَّجْعَةُ الرَّجْعِيَّةَ ، أَوْ وَطَّئَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فِي الْبَيْعِ الْأُمَةَ الْمَيْبَعَةَ ، أَوْ وَطَّئَ مَنْ لَهُ خِيَارُ فُسْخِ النِّكَاحِ أَمْرًا .

فصل : وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ مُطْلَقَةً وَمُقَيَّدَةً ، فَالْمُطْلَقَةُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ مِتُّ فَتُلِّى لِلْمَسَاكِينِ ، أَوْ لِرَبِّدٍ . وَالْمُقَيَّدَةُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا ، أَوْ فِي هَذِهِ الْبَلَدَةِ ، أَوْ فِي سَفَرِي هَذَا ، فَتُلِّى لِلْمَسَاكِينِ . فَإِنْ بَرَأَ مِنْ مَرَضِهِ ، أَوْ قَدِمَ مِنْ سَفَرِهِ ، أَوْ خَرَجَ مِنَ الْبَلَدَةِ ، ثُمَّ مَاتَ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ الْمُقَيَّدَةُ ، وَبَقِيَتِ الْمُطْلَقَةُ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ وَصَّى وَصِيَّةً إِنْ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ هَذَا أَوْ مِنْ سَفَرِهِ هَذَا ، وَلَمْ يُعَيِّرْ وَصِيَّتَهُ ، ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ : فَلَيْسَ لَهُ وَصِيَّةٌ . وَبِهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ قَالَ قَوْلًا / ، وَلَمْ يَكْتُبْ كِتَابًا ، فَهُوَ كَذَلِكَ ، وَإِنْ كَتَبَ كِتَابًا ، ثُمَّ صَحَّ مِنْ مَرَضِهِ ، وَأَقْرَأَ الْكِتَابَ ، فَوَصِيَّتُهُ بِحَالِهَا ، مَا لَمْ يَنْقُضْهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَصِيَّةٌ بِشَرْطٍ لَمْ يُوجَدْ شَرْطُهَا ، فَبَطَلَتْ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكْتُبْ كِتَابًا ، أَوْ كَمَا لَوْ وَصَّى لِقَوْمٍ فَمَا ثَوَّقَ قَبْلَهُ ، وَلِأَنَّهُ قَيَّدَ وَصِيَّتَهُ بِقَيْدٍ ، فَلَا يَتَعَدَّاهُ ، كَمَا ذَكَّرْنَا . وَإِنْ قَالَ لِأَحَدٍ

٨/٦ و

(١٥) فِي ١ : « عَتَقَهُمْ » .

(١٦) فِي ١ : « الْوَلَدُ » .

عَبْدِيهِ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . وَقَالَ لِلْآخَرِ : أَنْتَ حُرٌّ^(١٧) إِنْ مِتُّ مِنْ^(١٨) مَرَضِي هَذَا . فَمَاتَ مِنْ^(١٩) مَرَضِهِ ، فَالْعَبْدَانِ سَوَاءٌ فِي التَّذْيِيرِ . وَإِنْ بَرَأَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ ، بَطَلَ تَذْيِيرُ الْمُقَيَّدِ ، وَبَقِيَ تَذْيِيرُ الْمُطْلَقِ بِحَالِهِ . وَلَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلُثِهِ ، وَقَالَ : إِنْ مِتُّ قَبْلِي فَهُوَ لِعَمْرٍو . صَحَّحَتْ وَصِيَّتُهُ عَلَى حَسَبِ مَا شَرَطَهُ لَهُ^(٢٠) . وَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ الشُّرُوطِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »^(٢١) .

٩٦١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى لَهُ^(١) بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، أُعْطِيَ السُّدُسَ ، وَعَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، يُعْطَى سَهْمًا مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ) اِخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِيمَا^(٢) لَوْ أَوْصَى بِسَهْمٍ ، فَرُوي عَنْهُ ، أَنَّ لِلْمُوصَى لَهُ السُّدُسَ . وَرُوي ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَإِيَّاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّهُ يُعْطَى سَهْمًا مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ ، فَيُنْظَرُ ؛ كَمْ سَهْمًا صَحَّحَتْ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ ، فَيُرَادُ عَلَيْهَا مِثْلُ سَهْمٍ مِنْ سِهَامِهَا لِلْمُوصَى لَهُ . وَهَذَا قَوْلُ شَرِيحٍ قَالَ : تَرْفَعُ السَّهَامُ ، فَيَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ سَهْمٌ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ ، فَإِنْ زَادَ السَّهْمُ عَلَى السُّدُسِ ، فَلَهُ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَحَقِّقٌ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُ : سَهْمًا . يَنْبَغِي أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَى سِهَامِ فَرِيضَتِهِ ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ مِنْهَا ، فَيَنْصَرِفُ السَّهْمُ إِلَيْهَا ، فَكَانَ وَاحِدًا مِنْ سِهَامِهَا ، كَمَا لَوْ قَالَ : فَرِيضَتِي كَذَا وَكَذَا سَهْمًا ، لَكَ مِنْهَا سَهْمٌ . وَقَالَ الْخَلَّالُ وَصَاحِبُهُ : لَهُ^(٣) أَقْلُ سَهْمٍ^(٤) مِنْ سِهَامِ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَالْأَثَرَمِ : إِذَا أَوْصَى

(١٧) سقط من : م .

(١٨) في الأصل : « في » .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) تقدم تخريجه في : ٣٠/٦ .

(١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢) في الأصل : « في من » .

(٣) سقط من : م .

(٤) في ا ، م : « سهما » .

/ له^(٥) يَسْهَمُ من ماله ، يُعْطَى^(٦) سَهْمًا من الْفَرِيضَةِ . قيل له : نَصِيبَ رَجُلٍ ، أو نَصِيبَ امْرَأَةٍ ؟ قال : أَقَلُّ ما يكون من السَّهَامِ . قال القاضي : ما لم يزد على السُّدُسِ . وهذا قول أبي حنيفة . وقال صاحباه : إِلَّا أَنْ يَزِيدَ عَلَى الثُّلُثِ ، فيكون له الثُّلُثُ . وَوَجْهُ هذا القول ، أَنَّ سِهَامَ الْوَرَثَةِ أَنْصِبًا وَهُمْ ، فيكون له أَقْلُها ؛ لِأَنَّهُ الْيَقِينُ ، فَإِنْ زَادَ عَلَى السُّدُسِ دُفِعَ إِلَيْهِ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّهُ أَقَلُّ سَهْمٍ يَرِثُهُ ذُو قَرَابَةٍ ، وقال أبو ثورٍ : يُعْطَى سَهْمًا من أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ أَصُولِ الْفَرَائِضِ ، فَالسَّهْمُ مِنْهَا أَقَلُّ السَّهَامِ . وقال الشافعي ، وابنُ الْمُنْذِرِ : يُعْطِيهِ الْوَرَثَةُ ما شَاءُوا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ السَّهْمِ ، فَأَشْبَهَ ما لو أَوْصَى له بِجُزْءٍ أو حَظٍّ . وقال عطاء ، وعكرمة : لا شيء له . ولنا ، ما رَوَى ابنُ مسعودٍ ، أَنَّ رَجُلًا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِسَهْمٍ من المَالِ ، فَأَعْطَاهُ النَّبِيُّ ﷺ السُّدُسَ^(٧) . وَلِأَنَّ السَّهْمَ في كَلَامِ الْعَرَبِ السُّدُسُ ، قال إِيَّاسُ بنُ مُعَاوِيَةَ : السَّهْمُ في كَلَامِ الْعَرَبِ السُّدُسُ . فَتَنْصَرِفُ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ لَفِظَ بِهِ . وَلِأَنَّهُ قَوْلٌ عَلَى وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَلَا مُخَالَفَ لهما في الصَّحَابَةِ ، وَلِأَنَّ السُّدُسَ أَقَلُّ سَهْمٍ مَفْرُوضٍ يَرِثُهُ ذُو قَرَابَةٍ ، فَتَنْصَرِفُ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ السُّدُسَ الَّذِي يَسْتَحِقُّهُ الْمُوصَى له يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ سُدُسٍ مَفْرُوضٍ . فَإِنْ كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ كَامِلَةً الْفُرُوضِ ، أُعِيلَتْ بِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ عَائِلَةً ، زَادَ عَوْلُهَا بِهِ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا رَدٌّ أَوْ كَانُوا عَصَبَةً ، أُعْطِيَ سُدُسًا كَامِلًا . قال أحمدُ ، في رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، وَخَرَّبَ : إِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ بِسَهْمٍ من ماله ، يُعْطَى السُّدُسُ ، إِلَّا أَنْ تَعُولَ الْفَرِيضَةُ ، فَيُعْطَى سَهْمًا مع الْعَوْلِ . فَكَأَنَّ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ ، أَوْصَيْتُ لَكَ بِسَهْمٍ من يَرِثُ السُّدُسُ . فَلَوْ أَوْصَى له بِسَهْمٍ في مَسْأَلَةٍ فِيهَا زَوْجٌ

(٥) سقط من : ١ .

(٦) في ١ : « أعطى » .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب من كره أن يوصى بمثل أحد ... ، من كتاب الوصايا . المصنف ١١/١٧١ . وأورده الهيثمي ، في : باب في من أوصى بسهم من ماله ، من كتاب الوصايا . مجمع الزوائد ٤/٢١٣ وعزاه للطبراني في الأوسط .

وَأُخْتُ ، كَانَ لَهُ السَّبْعُ ، كَمَا لَوْ كَانَ مَعَهُمَا جَدَّةٌ ، عَلَى الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ فِي الْمَسْأَلَةِ أُمٌّ وَثَلَاثُ / أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ زَوْجٌ ، فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ تِسْعَةٍ ، وَلِلْمُوصَى لَهُ الْعَشْرُ ، عَلَى الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَإِنْ كَانَ الْوَرِثَةُ ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ السُّدُسُ عَلَى الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَإِنْ كَانُوا زَوْجًا وَأَبَوَيْنِ وَابْنَيْنِ ، فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ خَمْسَةِ عَشَرَ ، وَتُعُولُ بِسُدُسٍ آخَرَ ، فَتَصِيرُ مِنْ سَبْعَةِ عَشَرَ . وَكَذَلِكَ عَلَى قَوْلِ الْخَلَّالِ ؛ لِأَنَّ أَقْلَ سِيَهَامِ الْوَرِثَةِ سُدُسٌ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْآخَرَى ، يَكُونُ لِلْمُوصَى سَهْمٌ وَاحِدٌ ، يُزَادُ عَلَى خَمْسَةِ عَشَرَ ، فَتَصِيرُ سِتَّةَ عَشَرَ . وَإِنْ كَانُوا زَوْجَةً وَأَبَوَيْنِ وَابْنًا ، فَالْفَرِیضَةُ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَتُعُولُ بِالسُّدُسِ الْمُوصَى بِهِ إِلَى ثَمَانِيَةٍ وَعِشْرِينَ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، يُزَادُ عَلَيْهَا سَهْمٌ وَاحِدٌ لِلْمُوصَى لَهُ ، فَتَكُونُ مِنْ خَمْسَةِ وَعِشْرِينَ . وَعَلَى قَوْلِ الْخَلَّالِ : يُزَادُ عَلَيْهَا مِثْلُ سَهْمِ الزَّوْجَةِ ، فَتَكُونُ مِنْ سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ . وَإِنْ كَانُوا خَمْسَةَ بَنِينَ فَلِلْمُوصَى ^(٨) السُّدُسُ كَامِلًا ، وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ ^(٩) عَلَى الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ زَوْجَةٌ ، صَحَّتِ الْفَرِیضَةُ مِنْ أَرْبَعِينَ ، فَتَزِيدُ عَلَيْهَا سَهْمًا لِلْمُوصَى ، عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَاتِ ، تَصِيرُ أَحَدًا ^(١٠) وَأَرْبَعِينَ . وَعَلَى قَوْلِ الْخَلَّالِ ، تَزِيدُ مِثْلَ تَصِيبِ الزَّوْجَةِ ، فَتَصِيرُ خَمْسَةَ وَأَرْبَعِينَ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، تَزِيدُ عَلَيْهَا مِثْلَ سُدُسِهَا ، وَلَا سُدُسَ لَهَا ، فَتَضْرِبُهَا فِي سِتَّةٍ ، ثُمَّ تَزِيدُ عَلَيْهَا سُدُسَهَا ، تَكُونُ مَائَتَيْنِ وَثَمَانِينَ ، لِلْمُوصَى أَرْبَعُونَ ، وَلِلزَّوْجَةِ ثَلَاثُونَ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ اثْنَانِ وَأَرْبَعُونَ . وَلَوْ خَلَفَ أَبَوَيْنِ وَابْنَيْنِ ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِسُدُسِ مَالِهِ ، وَلَا آخَرَ بِسَهْمٍ ، جَعَلَتْ ذَا السَّهْمِ كَالْأُمِّ ، وَأَعْطِيَتْ صَاحِبَ السُّدُسِ سُدُسًا كَامِلًا ، وَقَسَمَتْ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرِثَةِ وَالْمُوصَى لَهُ عَلَى سَبْعَةٍ ، فَتَصِحُّ مِنْ اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ ، لِصَاحِبِ السُّدُسِ سَبْعَةٌ ، وَلِصَاحِبِ السَّهْمِ خَمْسَةٌ ، عَلَى الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْطَى ذُو

(٨) فِي الْأَصْلِ : : فَلِلْمُوصَى .

(٩) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : : عَشْرٌ .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : : إِحْدَى .

السَّهْمِ السَّبْعَ كَامِلًا ، كَأَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِهِ^(١١) مِنْ غَيْرِ وَصِيَّةٍ أُخْرَى ، فَيَكُونُ لَهُ سِتَّةٌ ، وَيَبْقَى تِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ عَلَى سِتَّةٍ لَا تَنْقَسِمُ / ، فَتَنْصَرِبُهَا فِي اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ ، تَكُونُ مَائَتَيْنِ وَاثْنَيْنِ وَخَمْسِينَ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى بِجُزْءٍ أَوْ حَظٍّ أَوْ نَصِيبٍ أَوْ شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ ، أَعْطَاهُ الْوَرَثَةُ مَا شَاءُوا . لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَغَيْرُهُمْ ؛ لِأَنَّ كُلَّ شَيْءٍ جُزْءٌ وَنَصِيبٌ وَحَظٌّ وَشَيْءٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : أَعْطُوا فُلَانًا مِنْ مَالِي ، أَوْ ارْزُقُوهُ . لِأَنَّ ذَلِكَ لَا حَدَّ لَهُ فِي اللَّغَةِ ، وَلَا فِي الشَّرْعِ ، فَكَانَ عَلَى إِطْلَاقِهِ .

٩٦٢ - مسألة ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَوْصَى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ ، وَلَمْ يُسَمِّهِ ، كَانَ لَهُ مِثْلُ مَا لَا قُلُوبَهُمْ نَصِيبًا كَأَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ . وَهُمْ ابْنٌ وَأَرْبَعُ زَوَاجَاتٍ ، فَتَكُونُ صَحِيحَةً مِنْ اثْنَيْنِ وَثَلَاثِينَ سَهْمًا ، لِلزَّوْجَاتِ الثَّلَاثِ ، وَهُوَ أَرْبَعَةٌ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْابْنِ ، فَرُزْدُ فِي سِهَامِ الْفَرِيضَةِ مِثْلَ حَظِّ امْرَأَةٍ مِنْ نِسَائِهِ ، فَتَصِيرُ الْفَرِيضَةُ مِنْ ثَلَاثَةٍ وَثَلَاثِينَ سَهْمًا ، لِلْمَوْصَى لَهُ سَهْمٌ ، وَلِكُلِّ امْرَأَةٍ سَهْمٌ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْابْنِ)

وَجَمَلُهُ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ ، غَيْرِ مُسَمًّى ، فَإِنْ كَانَ الْوَرَثَةُ يَتَسَاوَوْنَ فِي الْمِيرَاثِ كَالْبَيْنَيْنِ ، فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، مُزَادًا عَلَى الْفَرِيضَةِ ، وَيُجْعَلُ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ زَادَ فِيهِمْ . وَإِنْ كَانُوا يَتَفَاضَلُونَ ، كَمَسْأَلَةِ الْخَرَقِيِّ ، فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَقْلِهِمْ مِيرَاثًا ، يُزَادُ عَلَى فَرِيضَتِهِمْ . وَإِنْ أَوْصَى بِنَصِيبِ وَارِثٍ مُعَيَّنٍ ، فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِهِ مُزَادًا عَلَى الْفَرِيضَةِ . هَذَا قَوْلُ الْجُمْهُورِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَزُفَرٌ ، وَدَاوُدُ : يُعْطَى مِثْلُ نَصِيبِ الْمُعَيَّنِ ، وَمِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، إِذَا كَانُوا يَتَسَاوَوْنَ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ ، غَيْرَ مَزِيدٍ ، وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ نَصِيبَ

(١١) سقط من : م .

الوارث قبل الوصية من أصل المال . فلو أوصى بمثل نصيب ابنه ، وله ابن واحد ، فالوصية بجميع المال . وإن كان له ابنان ، فالوصية بالنصف . وإن كانوا ثلاثة ، « فالوصية بالثلث »^(١) . وقال مالك : إن كانوا يتفاضلون ، نُظِرَ إلى « عَدَدِ رُءُوسِهِمْ »^(٢) ، فَأُعْطِيَ سَهْمًا مِنْ عَدَدِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ أَنْصِبَائِهِمْ / لِتَفَاضُلِهِمْ ، فَاغْتَبِرَ عَدَدُ رُءُوسِهِمْ . وَلَنَا ، أَنَّهُ جَعَلَ وَارِثَهُ أَصْلًا وَقَاعِدَةً ، حَمَلَ عَلَيْهِ نَصِيبُ الْمُوصَى لَهُ ، وَجَعَلَهُ مَثَلًا . وَهَذَا يَقْتَضِي أَنْ لَا يَزَادَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ . وَمَتَى أُعْطِيَ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ ، فَمَا أُعْطِيَ مِثْلَ نَصِيبِهِ ، وَلَا حَصَلَتْ «^(٣) التَّسْوِيَةُ ، وَالْعِبَارَةُ تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ . وَإِنَّمَا جَعَلَ لَهُ «^(٤) مِثْلَ أَقْلِهِمْ نَصِيبًا ؛ لِأَنَّهُ الْيَقِينُ ، وَمَا زَادَ فَمَشْكُوكٌ فِيهِ ، فَلَا يَثْبُتُ مَعَ الشَّكِّ ، وَقَوْلُهُ : « يُعْطَى سَهْمًا مِنْ عَدَدِهِمْ » . خِلَافٌ مَا يَقْتَضِيهِ لَفْظُ الْمُوصَى ؛ فَإِنْ هَذَا لَيْسَ بِنَصِيبٍ لِأَحَدٍ وَرَثَتِهِ ، وَلَفْظُهُ إِنَّمَا اقْتَضَى نَصِيبَ أَحَدِهِمْ ، وَتَفَاضُلُهُمْ لَا يَمْنَعُ كَوْنَ نَصِيبِ الْأَقْلِ نَصِيبَ أَحَدِهِمْ ، فَيَصْرِفُهُ إِلَى الْوَصِيِّ ، لِقَوْلِ الْمُوصَى ، وَعَمَلًا بِمُقْتَضَى وَصِيَّتِهِ . وَذَلِكَ أَوْلَى مِنْ اخْتِرَاعِ شَيْءٍ لَا يَقْتَضِيهِ قَوْلُ الْمُوصَى أَصْلًا . وَقَوْلُهُ : تَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِقَوْلِ الْمُوصَى . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّهُ أَمَكَنَ الْعَمَلُ بِهِ بِمَا قُلْنَا ، ثُمَّ لَوْ تَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِهِ ، لَمَا جَازَ أَنْ يُوجِبَ فِي مَالِهِ «^(٥) حَقًّا لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ وَلَمْ يَأْمُرْ بِهِ . وَقَدْ مَثَّلَ الْخِرَقِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بِمَا أَغْنَى عَنْ تَمْثِيلِهَا . وَلَوْ قَالَ : أَوْصَيْتُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَقْلِهِمْ مِيرَاثًا . كَانَ كَمَا لَوْ أَطْلَقَ ، وَكَانَ ذَلِكَ تَأْكِيدًا . وَإِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَكْثَرِهِمْ مِيرَاثًا . فَلَهُ ذَلِكَ ، مُضَافًا إِلَى الْمَسْأَلَةِ ، فَيَكُونُ لَهُ فِي مَسْأَلَةِ الْخِرَقِيِّ ثَمَانِيَّةً وَعِشْرُونَ ، تُضْمُ إِلَى الْفَرِيضَةِ ، فَيَكُونُ الْجَمِيعُ سِتِّينَ سَهْمًا .

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « فَلَهُ الثَّلَاثُ » .

(٢ - ٢) فِي م : « عَدَدِهِمْ » .

(٣) فِي م زِيَادَةٌ : « لَهُ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « لَهُمْ » .

(٥) فِي م : « مَالٍ » .

فصل : وإن أوصى بنصيب وارث ، ففيها وجهان ؛ أحدهما ، تصح الوصية ، ويكون ذلك كالوصية بمثل نصيبه . وهذا قول مالك ، وأهل المدينة ، واللوثي ، وأهل البصرة ، وابن أبي ليلى ، وزفر ، وداود . والوجه الثاني ، لا تصح الوصية . وهو الذي ذكره القاضي . وهو قول أصحاب الشافعي ، وأبي حنيفة ، وصاحبيه ؛ لأنه أوصى بما هو حق للابن ، فلم يصح ، كما لو قال : بدار ابني ، أو بما يأخذه ابني . ووجه الأول ، أنه أمكن تصحيح وصيته / بحمل لفظه على مجازيه ، فصح ، كما لو طلق بلفظ الكناية ، أو اعتق . وبيان إمكان التصحيح ، أنه أمكن تقدير حذف المضاف ، وإقامة المضاف إليه مقامه ، أي بمثل نصيب وارثي . ولأنه لو أوصى بجميع ماله ، صح ، وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورثته كلهم .

فصل : وإن قال : أوصيت لك بضعف نصيب ابني . فله مثلاً نصيبه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو عبيدة القاسم بن سلام : الضعف المثل . واستدل بقول الله تعالى : ﴿ يضاعف لها العذاب ضعفين ﴾^(٦) . أي مثليين ، وقوله : ﴿ فأتت أكلها ضعفين ﴾^(٧) . أي مثليين ، وإذا كان الضعفان مثليين ، فالواحد مثل . ولنا ، أن الضعف مثلان ، بدليل قوله تعالى : ﴿ إذا لأذقناك ضعف الحياة و ضعف الممات ﴾^(٨) . وقال : ﴿ فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا ﴾^(٩) . وقال : ﴿ وماء أتيتهم من زكاة ثريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون ﴾^(١٠) . ويروى عن عمر ، أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب ، فكان يأخذ من المائتين عشرة . وقال لعذيفة وعثمان بن حنيف : لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق ؟ فقال عثمان : لو

(٦) سورة الأحزاب ٣٠ .

(٧) سورة البقرة ٢٦٥ .

(٨) سورة الإسراء ٧٥ .

(٩) سورة سبأ ٣٧ .

(١٠) سورة الروم ٣٩ .

أَضْعَفْتُ عَلَيْهَا لَأَحْتَمَلَ^(١١) . قال الأزهري : الضَّعْفُ المِثْلُ فما فَوْقَهُ . وأما قوله :
 إِنَّ الضَّعْفَيْنِ المِثْلَانِ . فقد رَوَى ابنُ الأَثَرِيِّ ، عن هِشَامِ بْنِ مُعَاوِيَةَ النَّخْوِيِّ قال :
 الْعَرَبُ تَتَكَلَّمُ بِالضَّعْفِ مُثْنًى ، فنقول : إِنْ أُعْطِيتُنِي دِرْهَمًا فَلِكِ ضِعْفَاهُ . أَيْ مِثْلَاهُ .
 وإفْرَادُهُ لَا بَأْسَ بِهِ ، إِلَّا أَنَّ التَّنْيِيزَ أَحْسَنُ . يَعْنِي أَنَّ الْمُفْرَدَ وَالْمُثْنَى فِي هَذَا بِمَعْنَى وَاحِدٍ ،
^(١٢) وَكِلَاهُمَا يُرَادُّ بِهِ المِثْلَانِ ، وَإِذَا اسْتَعْمَلُوهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَجَبَ اتِّبَاعُهُمْ فِيهِ وَإِنْ
 خَالَفَ الْقِيَاسَ^(١٣) . وقال أبو عُبَيْدَةَ مَعْمَرُ بْنُ الْمُثَنَّى : ضِعْفُ الشَّيْءِ^(١٤) هُوَ
 وَمِثْلُهُ^(١٥) ، وَضِعْفَاهُ هُوَ^(١٦) وَمِثْلَاهُ^(١٧) ، وَثَلَاثَةُ أَضْعَافِهِ أَرْبَعَةٌ^(١٨) أَمْثَالِهِ ، وَعَلَى هَذَا .

فصل : وَإِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ لَكَ بِضِعْفِي نَصِيبِ ابْنِي . / فله مِثْلًا نَصِيبِهِ . وَإِنْ قَالَ :
 ثَلَاثَةُ أَضْعَافِهِ . فله ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ . هَذَا الصَّحِيحُ عِنْدِي . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي عُبَيْدٍ . وَقَالَ
 أَصْحَابُنَا : إِنْ أَوْصَى بِضِعْفَيْهِ ، فله ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ . وَإِنْ أَوْصَى بِثَلَاثَةِ أَضْعَافِهِ ، فله أَرْبَعَةُ
 أَمْثَالِهِ . وَعَلَى هَذَا كَلِمَا زَادَهُ^(١٩) ضِعْفًا زَادَ مَرَّةً . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَاحْتَجُّوا
 بِقَوْلِ أَبِي عُبَيْدَةَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : ضِعْفَاهُ أَرْبَعَةُ أَمْثَالِهِ ، وَثَلَاثَةُ أَضْعَافِهِ سِتَّةُ
 أَمْثَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ أَنَّ ضِعْفَ الشَّيْءِ مِثْلَاهُ ، فَتَنْبِيئُهُ مِثْلًا مُفْرَدَهُ ، كَسَائِرِ الْأَسْمَاءِ .
 وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَآتَتْهُ أَكْلَهَا ضِعْفَيْنِ ﴾ . قَالَ عِكْرِمَةُ : تَحْمِلُ فِي كُلِّ عَامٍ
 مَرَّتَيْنِ . وَقَالَ عَطَاءٌ : أَثْمَرَتْ فِي سَنَةٍ مِثْلَ ثَمَرَةٍ غَيْرَهَا سَنَتَيْنِ . وَلَا خِلَافَ بَيْنَ
 الْمُفَسِّرِينَ فِيمَا عَلِمْتُ فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يُضَاعَفُ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ .
 أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَرَّتَيْنِ . وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ تُؤْتِيهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾^(٢٠) .
 وَمُحَالٌ أَنْ يَجْعَلَ أَجْرَهَا عَلَى الْعَمَلِ الصَّالِحِ مَرَّتَيْنِ وَعَذَابُهَا عَلَى الْفَاحِشَةِ^(٢١)

(١١) الأموال ، لأبي عبيد ٤٠ ، ٤١ .

(١٢ - ١٣) سقط من : م .

(١٣ - ١٤) في م : « هو مثله » .

(١٤ - ١٥) في م : « هو مثله » .

(١٥) في م : « ثلاثة » .

(١٦) في الأصل ، ا : « زاد » .

(١٧) سورة الأحزاب ٣١ .

(١٨) في م : « العمل الفاحش » .

ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى إِنَّمَا يُرِيدُ تَضْعِيفَ الْحَسَنَاتِ عَلَى السَّيِّئَاتِ ، وَهَذَا (١٩)
 الْمَعْمُودُ مِنْ كَرَمِهِ وَفَضْلِهِ ، وَأَمَّا قَوْلُ أَبِي عُبَيْدَةَ (٢٠) فَقَدْ خَالَفَهُ (٢١) غَيْرُهُ ، وَأُنْكِرُوا
 قَوْلَهُ . قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ : لَا أَحِبُّ قَوْلَ أَبِي عُبَيْدَةَ فِي : ﴿ يُضَاعَفُ لَهَا أَلْعَذَابُ
 ضِعْفَيْنِ ﴾ . لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ فِي آيَةٍ أُخْرَى : ﴿ نُؤْتِيهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾ . فَأَعْلَمَ أَنَّ
 لَهَا مِنْ هَذَا حَظَّيْنِ ، وَمِنْ هَذَا حَظَّيْنِ . وَقَدْ نَقَلَ مُعَاوِيَةُ بْنُ هِشَامٍ النَّحْوِيُّ ، عَنْ
 الْعَرَبِ ، أَنَّهُمْ يَنْطِقُونَ بِالضَّعْفِ مُثْنًى وَمُفْرَدًا بِمَعْنَى (٢١) وَاحِدٍ . وَمُوَافَقَةُ الْعَرَبِ عَلَى
 لِسَانِهِمْ ، مَعَ مَا دَلَّ عَلَيْهِ كَلَامُ اللَّهِ تَعَالَى الْعَزِيزِ وَأَقْوَالُ (٢٢) الْمُفَسِّرِينَ مِنَ التَّابِعِينَ
 وَغَيْرِهِمْ ، أَوْلَى مِنْ قَوْلِ أَبِي عُبَيْدَةَ الْمُخَالِفِ لَذَلِكَ كُلِّهِ ، مَعَ مُخَالَفَةِ الْقِيَاسِ ، وَنِسْبَةِ
 الْخَطِإِ إِلَيْهِ أَوْلَى مِنْ تَخْطِئَةِ مَا ذَكَرْنَاهُ . وَأَمَّا قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، فَظَاهِرُ الْفَسَادِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ
 مُخَالَفَةِ الْكِتَابِ وَالْعَرَبِ وَأَهْلِ الْعَرَبِيَّةِ ، وَلَا يَجُوزُ التَّمَسُّكُ بِمَجَرَّدِ الْقِيَاسِ الْمُخَالِفِ
 / لِلتَّنْقِيلِ ، فَقَدْ يَشِدُّ مِنَ الْعَرَبِيَّةِ كَلِمَاتٌ تُؤْخَذُ تَقْلًا بِغَيْرِ قِيَاسٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١١/٦ ظ

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبٍ مَنْ لَا نَصِيبَ لَهُ ، مِثْلَ أَنْ يُوصَى بِنَصِيبِ ابْنِهِ ،
 وَهُوَ مِمَّنْ لَا يَرِثُ ، لِكَوْنِهِ رَقِيقًا ، أَوْ مُخَالِفًا لِدِينِهِ ، أَوْ بِنَصِيبِ أَخِيهِ وَهُوَ مُحْجُوبٌ
 عَنْ مِيرَاثِهِ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمَوْصَى لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَصِيبَ لَهُ ، فَمِثْلُهُ لَا شَيْءَ لَهُ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلْثٍ ، وَلَاخَرَ بِرُبْعٍ ، وَلَاخَرَ بِخُمْسٍ ، وَلَاخَرَ بِمِثْلِ
 وَصِيَّةِ أَحَدِهِمْ ، فَلَهُ الْخُمْسُ . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِعَشْرَةٍ ، وَلَاخَرَ بِسِتَّةٍ وَلَاخَرَ
 بِأَرْبَعَةٍ ، وَلَاخَرَ بِمِثْلِ وَصِيَّةِ أَحَدِهِمْ ، فَلَهُ أَرْبَعَةٌ ؛ لِأَنَّهَا الْيَقِينُ . وَإِنْ قَالَ : فَلَانُ
 شَرِيكُهُمْ . فَلَهُ خُمْسُ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ . وَإِنْ وَصَّى لِأَحَدِهِمْ بِمِائَةٍ ، وَلَاخَرَ بِدَارٍ ،

(١٩) فِي م : « وَهَذَا هُوَ » .

(٢٠ - ٢١) فِي م : « فَخَالَفَهُ فِيهِ » .

(٢١) فِي م : « بِمِثْنِي » .

(٢٢) فِي م : « وَقَوْلُ » .

وَلَاخَرُ بَعْدِ ، ثُمَّ قَالَ : فَلَانْ شَرِيكُهُمْ . فَلَهُ نِصْفُ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ . ذَكَرَهَا الْحَبْرِيُّ ؛ لِأَنَّهُ هُنَا يُشَارِكُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُنْفَرِدًا ، وَالشَّرِكَةُ تُقْتَضَى التَّسْوِيَةَ ، فَلِهَذَا كَانَ لَهُ النِّصْفُ ، بِخِلَافِ الْأَوَّلَيْنِ ، فَإِنَّهُمْ كُلُّهُمْ مُشْتَرِكُونَ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لَهُ الرُّبْعُ فِي الْجَمِيعِ .

فصل : وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ لَوْ كَانَ ، فَقَدَّرَ^(٢٣) الْوَارِثَ مَوْجُودًا ، وَانْظُرْ مَا لِلْمُوصَى لَهُ مَعَ وُجُودِهِ ، فَهُوَ لَهُ مَعَ عَدَمِهِ . فَإِنْ خَلَفَ ابْنَيْنِ ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ^(٢٤) ثَالِثٍ لَوْ كَانَ^(٢٥) ، فَلِلْمُوصَى لَهُ الرُّبْعُ . وَلَوْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ خَامِسٍ لَوْ كَانَ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ السُّدُسُ . وَعَلَى هَذَا أَبَدًا . وَلَوْ خَلَفَتْ زَوْجًا وَأُخْتًا^(٢٥) ، وَأَوْصَتْ بِمِثْلِ نَصِيبِ أُمٍّ لَوْ كَانَتْ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ الْخُمْسُ ؛ لِأَنَّ لِلْأُمِّ الرُّبْعَ لَوْ كَانَتْ ، فَيَجْعَلُهَا^(٢٦) سَهْمًا مُضَافًا إِلَى أَرْبَعَةٍ ، يَكُنْ خُمْسًا ، فَقَسْ عَلَى هَذَا .

٩٦٣ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا خَلَفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ ، وَأَوْصَى لِأَخَرٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، كَانَ لِلْمُوصَى لَهُ الرُّبْعُ)

هَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَعِنْدَ مَالِكٍ وَمُؤَافِقِيهِ ، لِلْمُوصَى لَهُ الثُّلُثُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْبَنِينَ^(١) . وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَقَدْ دَلَّلْنَا عَلَى فَسَادِهِ . وَلَوْ خَلَفَ ابْنًا وَاحِدًا ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِهِ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ النِّصْفُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ، وَالثُّلُثُ فِي حَالِ الرَّدِّ . وَعِنْدَ مَالِكٍ ، لِلْمُوصَى لَهُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ جَمِيعُ الْمَالِ .

فصل : فَإِنْ خَلَفَ بَنَتًا ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِهَا ، فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْحُكْمِ فِيمَا لَوْ كَانَ

(٢٣) فِي م : « قَدَّرَ » .

(٢٤ - ٢٥) فِي م : « الثَّالِثُ » .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ م .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ ، م : « لَهُ » .

(١) فِي م : « الْبَنِينَ » .

ابنًا عِنْدَ مَنْ يَرَى الرُّدَّ ؛ لِأَنَّهَا / تَأْخُذُ الْمَالَ كُلَّهُ بِالْفَرَضِ وَالرُّدَّ ، وَمَنْ لَا يَرَى الرُّدَّ يَقْتَضِي قَوْلُهُ أَنْ يَكُونَ لَهُ الثُّلُثُ ، وَلَهَا نِصْفُ الْبَاقِي ، وَمَا بَقِيَ لِبَيْتِ الْمَالِ . وَيَقْتَضِي قَوْلُ مَالِكٍ أَنْ يَكُونَ ^(٢) لِلْمَوْصَى لَهُ النِّصْفُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ، وَلَهَا نِصْفُ الْبَاقِي ، وَمَا بَقِيَ لِبَيْتِ الْمَالِ . فَإِنْ خَلَفَ ابْنَتَيْنِ ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ إِحْدَاهُمَا ، فَهِيَ مِنْ ثَلَاثَةِ عِنْدَنَا . وَيَقْتَضِي قَوْلُ مَنْ لَا يَرَى الرُّدَّ أَنَّهَا مِنْ أَرْبَعَةٍ ، لِبَيْتِ الْمَالِ الرُّبْعُ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ رُبْعُهُ . وَيَقْتَضِي قَوْلُ مَالِكٍ أَنَّ الثُّلُثَ لِلْمَوْصَى لَهُ ، وَلِلْبَيْتَيْنِ ثُلُثًا مَا بَقِيَ ، وَالْبَاقِي لِبَيْتِ الْمَالِ . وَتَصِيحُ مِنْ تِسْعَةٍ . فَإِنْ خَلَفَ ^(٣) جَدَّةً وَخَدَا ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِهَا ، فَقِيَاسُ قَوْلِنَا أَنَّ الْمَالَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَقِيَاسُ قَوْلِ مَنْ لَا يَرَى الرُّدَّ أَنَّهَا مِنْ سَبْعَةٍ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السَّبْعُ ، وَالْبَاقِي لِبَيْتِ الْمَالِ . وَقِيَاسُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ لِلْمَوْصَى لَهُ السُّدُسَ ، وَلِلْجَدَّةِ سُدُسُ مَا بَقِيَ ، وَالْبَاقِي لِبَيْتِ الْمَالِ .

فصل : وَإِذَا خَلَفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ ، وَأَوْصَى لِثَلَاثَةٍ بِمِثْلِ أَنْصِبَائِهِمْ ، فَالْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى سِتَّةٍ إِنْ أَجَازُوا ، وَإِنْ رَدُّوا مِنْ تِسْعَةٍ ، لِلْمَوْصَى لَهُمُ الثُّلُثُ ثَلَاثَةٌ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْبَنِينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ . فَإِنْ أَجَازُوا لِوَاحِدٍ وَرَدُّوا عَلَى اثْنَيْنِ ، فَلِلْمَرْدُودِ عَلَيْهِمَا التُّسْعَانِ اللَّذَانِ كَانَا لهما فِي حَالِ الرُّدِّ عَلَيْهِمَا . وَفِي الْمُجَازِ لَهُ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ السُّدُسُ الَّذِي كَانَ لَهُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ لِلْجَمِيعِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يَوْسَفَ ، وَابْنِ شُرَيْحٍ ، فَيَأْخُذُ السُّدُسَ وَالتُّسْعَيْنِ مِنْ مَخْرَجِهِمَا ، وَهُوَ ثَمَانِيَّةَ عَشَرَ ، يَبْقَى أَحَدُ عَشَرَ بَيْنَ الْبَنِينَ ، عَلَى ثَلَاثَةٍ لَا يَصِحُّ ، فَيُضْرَبُ عَدْدُهُمْ فِي ثَمَانِيَّةَ عَشَرَ ، تُكُنْ أَرْبَعَةٌ وَخَمْسِينَ ، لِلْمُجَازِ لَهُ السُّدُسُ تِسْعَةٌ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ صَاحِبَيْهِ سِتَّةٌ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ أَحَدُ عَشَرَ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنْ يُضَمَّ الْمُجَازُ لَهُ إِلَى الْبَنِينَ ، وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بَعْدَ التُّسْعَيْنِ عَلَيْهِمَا ، وَهُمْ أَرْبَعَةٌ ، لَا تَنْقَسِمُ ،

(٢) سقط من : الأصل ، ١ .

(٣) ق م : ٥ : خُصَّصَ ، تَحْرِيفٌ .

فَتَضْرِبُ أَرْبَعَةً فِي تِسْعَةٍ ، تَكُنْ سِتَّةٌ وَثَلَاثِينَ ، فَإِنْ أَجَازَ الْوَرِثَةُ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْآخَرِينَ ،
 أَتَمُّوا الْكُلَّ وَاحِدٌ مِنْهُمْ تَمَامَ سُدُسِ الْمَالِ ، فَيَصِيرُ الْمَالُ بَيْنَهُمْ أَسَدَاسًا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ،
 وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ يَضُمُّونَ مَا حَصَلَ لَهُمْ ، وَهُوَ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، إِلَى
 مَا حَصَلَ لَهَا وَهُوَ ثَمَانِيَّةٌ ، ثُمَّ يَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ عَلَى خَمْسَةِ ، لَا يَصِحُّ ، فَتَضْرِبُ خَمْسَةَ
 فِي سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، تَكُنْ مِائَةٌ وَثَمَانِينَ ، وَمِنْهَا تَصِحُّ . وَإِنْ أَجَازَ أَحَدُ / الْبَيْنِ لَهُمْ ، وَرَدَّ
 الْآخَرَانِ عَلَيْهِمْ ، فَلِلْمُجِيزِ السُّدُسُ ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ عَشَرَ ، وَلِلَّذِينَ لَمْ يُجِيزَا^(٤)
 أَرْبَعَةٌ أَتَسَاعَ ، ثَمَانِيَّةٌ^(٥) ، تَبْقَى سَبْعَةٌ بَيْنَ الْمُوصَى لَهُمْ عَلَى ثَلَاثَةِ ، فَاضْرِبْهَا^(٦) فِي ثَمَانِيَّةٍ
 عَشَرَ ، تَكُنْ أَرْبَعَةٌ وَخَمْسِينَ . وَإِنْ أَجَازَ وَاحِدٌ لَوَاحِدٍ ، دَفَعَ إِلَيْهِ ثُلُثُ مَا فِي يَدِهِ مِنْ
 الْفَضْلِ ، وَهُوَ ثُلُثُ سَهْمٍ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ عَشَرَ ، فَاضْرِبْهَا فِي ثَلَاثَةِ ، تَكُنْ أَرْبَعَةٌ وَخَمْسِينَ .
 وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِذَا وَصَّى لِرَجُلٍ بِجُزْءٍ مُقَدَّرٍ ، وَآخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ مِنْ وَرَثَتِهِ ،
 ففِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُعْطَى الْجُزْءُ لِصَاحِبِهِ ، وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرِثَةِ وَالْمُوصَى
 لَهُ ، كَأَنَّهُ ذَلِكَ الْوَارِثُ إِنْ أَجَازُوا . وَإِنْ رَدُّوا ، قَسَمْتَ الثُّلُثَ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى حَسَبِ
 مَا كَانَ لهما فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ، وَالثُّلُثَانِ بَيْنَ الْوَرِثَةِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنْ يُعْطَى صَاحِبُ
 النَّصِيبِ مِثْلُ نَصِيبِ الْوَارِثِ ، كَأَنْ لَا وَصِيَّةَ سِوَاهَا . وَهَذَا قَوْلُ يَحْيَى بْنِ آدَمَ^(٧) ،
 مِثَالُهُ : رَجُلٌ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ ، وَآخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ بَنِيهِ ، وَهُمْ ثَلَاثَةٌ ،
 فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، لِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ الثُّلُثُ ، وَمَا بَقِيَ بَيْنَ الْبَيْنِ وَالْوَصِيِّ عَلَى أَرْبَعَةٍ ،
 وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمَانِ ، وَلِلْآخَرِ سَهْمٌ ، فَإِنْ رَدُّوا فَالْثُّلُثُ بَيْنَ

(٤) فِي ١ ، م : « يَجِيزُوا » .

(٥) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « عَشْرٌ » خَطَأً .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « نَضْرِبُهَا » .

(٧) يَحْيَى بْنُ آدَمَ الْكُوفِيُّ الْمَقْرِيُّ الْحَافِظُ الْفَقِيهَ ، الْمُتَوَفَى سَنَةَ ثَلَاثٍ وَمِائَتَيْنِ . الْعَبْرُ ٣٤٣/١ .

الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَالثَّلَاثَانِ بَيْنَ الْبَيْنَيْنِ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ
الْآخِرِ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ الثُّلُثُ ، وَلِلْآخِرِ الرَّبْعُ إِنْ أُجِيزَ لَهَا ، وَإِنْ رُدَّ عَلَيْهِمَا ، قَسَمَتْ
الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى سَبْعَةٍ ، وَالثَّلَاثَانِ لِلْوَرَثَةِ ، وَتَصِحُّ مِنْ ثَلَاثَةٍ وَسِتِّينَ . وَإِنْ كَانَ الْجُزْءُ
يَزِيدُ عَلَى الثُّلُثِ ، مِثْلُ إِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِالنِّصْفِ ، وَلِآخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ بَيْنَهُ ، فَفِيهَا
وَجْهٌ ثَالِثٌ ، وَهُوَ أَنْ يَجْعَلَ لِصَاحِبِ النِّصِيبِ نَصِيبَهُ مِنَ الثَّلَاثَيْنِ ، وَهُوَ رُبُعُهَا ^(٨) ؛ لِأَنَّ
الثَّلَاثَيْنِ حَقُّ الْوَرَثَةِ ، لَا يُؤْخَذُ مِنْهُمَا ^(٩) شَيْءٌ إِلَّا بِإِجَازَتِهِمْ وَرِضَاهُمْ ، فَيَكُونُ صَاحِبُ
النِّصِيبِ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ ، لَا تَنْقُصُ مِنَ السُّدُسِ شَيْئًا إِلَّا بِإِجَازَتِهِ . فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ،
لِصَاحِبِ الْجُزْءِ النِّصْفُ ، وَالبَاقِي بَيْنَ الْآخِرِ وَالْبَيْنَيْنِ عَلَى أَرْبَعَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَةٍ /
إِنْ أَجَازُوا ، وَإِنْ رَدُّوا قَسَمَتْ الثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى خَمْسَةٍ ، وَالثَّلَاثَيْنِ بَيْنَ الْبَيْنَيْنِ
عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ خَمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ
النِّصْفُ ، وَلِلْآخِرِ الرَّبْعُ ، وَيَبْقَى الرَّبْعُ بَيْنَ الْبَيْنَيْنِ ، وَتَصِحُّ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، وَإِنْ
رَدُّوا فَالْثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّالِثِ ،
لِصَاحِبِ النِّصْفِ النِّصْفُ ، وَلِلْآخِرِ السُّدُسُ ، وَيَبْقَى الثُّلُثُ بَيْنَ الْبَيْنَيْنِ عَلَى ثَلَاثَةٍ ،
وَتَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ ، وَإِنْ رَدُّوا ، فَالْثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى أَرْبَعَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ
سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ . وَإِنْ أَوْصَى لِصَاحِبِ الْجُزْءِ بِالثَّلَاثَيْنِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، لِصَاحِبِ
النِّصْفِ ^(١٠) رُبْعُ الثُّلُثِ ، سَهْمٌ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ إِنْ أَجَازُوا ، وَإِنْ رَدُّوا قَسَمَتْ الثُّلُثُ
بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى تِسْعَةٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، يَكُونُ لَهُ الرَّبْعُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ،
وَفِي حَالِ الرَّدِّ يَكُونُ الثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى أَحَدٍ عَشَرَ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّالِثِ ،
يَكُونُ لَهُ السُّدُسُ فِي الْإِجَازَةِ ، وَفِي الرَّدِّ يَكُونُ الثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى خَمْسَةٍ .
وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجَمِيعِ مَالِهِ ، وَلِآخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ ، فَعَلَى

و ١٣/٦

(٨) فِي ١ ، م : « رُبْعُهُ » .

(٩) أَيْ مِنَ الثَّلَاثَيْنِ . وَفِي ١ ، م : « مِنْهَا » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « النِّصِيبُ » .

الْوَجْهَ الْأَوَّلَ ، لَا يَصِحُّ لِلْوَصِيِّ الْآخَرِ شَيْءٌ فِي إِجَازَةٍ وَلَا رَدٍّ . وَعَلَى الثَّانِي ، يَفْسِمُ
الْوَصِيَّانِ الْمَالَ بَيْنَهُمَا عَلَى خَمْسَةٍ فِي الْإِجَازَةِ ، وَالثُّلُثَ عَلَى خَمْسَةٍ فِي الرَّدِّ . وَعَلَى
الثَّالِثِ ، يَقْتَسِمَانِ الْمَالَ عَلَى سَبْعَةٍ فِي الْإِجَازَةِ ، وَالثُّلُثَ عَلَى سَبْعَةٍ فِي الرَّدِّ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ ، وَلِلْآخَرِ بِجُزْءٍ مِمَّا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ
فَفِيهَا أَيْضًا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا : أَنْ يُعْطَى صَاحِبُ النِّصْفِ مِثْلَ نَصِيبِ الْوَارِثِ ، إِذَا
لَمْ يَكُنْ ثُمَّ وَصِيَّةٌ أُخْرَى . وَالثَّانِي ، أَنْ يُعْطَى مِثْلَ نَصِيبِهِ مِنْ ثُلُثِي الْمَالِ . وَالثَّالِثُ ، أَنْ
يُعْطَى مِثْلَ نَصِيبِهِ بَعْدَ اخْتِذِ صَاحِبِ الْجُزْءِ وَصِيَّتَهُ . وَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَدْخُلُهَا الدَّوْرُ ،
وَعَلَيْهِ التَّفْرِيعُ . وَمِثَالُهُ ، رَجُلٌ خَلَفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ ، وَوَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، وَلِالْآخَرِ
بِنِصْفِ بَاقِي الْمَالِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، لِصَاحِبِ النِّصْبِ ^(١١) الرُّبْعُ ، وَلِلْآخَرِ
نِصْفُ الْبَاقِي ، وَمَا بَقِيَ لِلْبَنِينَ ، وَتَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَةٍ . وَعَلَى الثَّانِي لَهُ السُّدُسُ ، وَلِلْآخَرِ
نِصْفُ الْبَاقِي ، وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ . وَلَا تَفْرِعُ عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ لَوْضُوحُهُمَا .
وَأَمَّا عَلَى الثَّالِثِ فَيَدْخُلُهَا الدَّوْرُ ، وَلَعَمَلُهَا طَرُقٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَأْخُذَ مَخْرَجَ النِّصْفِ ،
فَتُسْقِطَ مِنْهُ سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمٌ ، فَهُوَ النِّصْبُ ، ثُمَّ تَزِيدُ عَلَى عَدَدِ الْبَنِينَ وَاحِدًا ، تَصِيرُ
أَرْبَعَةً ، فَتَضْرِبُهَا فِي الْمَخْرَجِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً ، تَنْقُصُهَا سَهْمًا ، يَبْقَى سَبْعَةٌ ، فَهِيَ الْمَالُ ،
لِلْمَوْصَى لَهُ بِالنِّصْبِ سَهْمٌ ، وَلِلْآخَرِ نِصْفُ الْبَاقِي ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ سَهْمٌ .
طَرِيقٌ آخَرُ ، أَنْ تَزِيدَ عَلَى سِهَامِ الْبَنِينَ نِصْفَ سَهْمٍ ، وَتَضْرِبُهَا فِي الْمَخْرَجِ ، تَكُنْ
سَبْعَةً . طَرِيقٌ ثَالِثٌ ، وَيُسَمَّى الْمَنْكُوسَ ، أَنْ تَأْخُذَ سِهَامَ الْبَنِينَ وَهِيَ ثَلَاثَةٌ ، فَتَقُولُ :
هَذِهِ ^(١٢) بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ نِصْفُهُ ، فَإِذَا أَرَدْتَ تَكْمِيلَهُ فَرِّدْ عَلَيْهِ مِثْلَهُ ، ثُمَّ زِدْ عَلَيْهَا مِثْلَ
سَهْمِ ابْنٍ ، تَكُنْ سَبْعَةً . طَرِيقٌ رَابِعٌ ، أَنْ تَجْعَلَ الْمَالَ سَهْمَيْنِ وَنَصِيبًا ، وَتَدْفَعَ النِّصْبَ

(١١) فِي م : (النصف) .

(١٢) فِي م : (هـ) .

إلى صاحبه ، وإلى الآخر سهمًا ، يبقى سهم للبين يعدل ثلثه ، فالمال كله سبعة .
وبالجبر تأخذ مالا فتلقى منه نصيبًا ، يبقى مال إلا نصيبًا ، وتدفّع نصف الباقي إلى
الوصي الآخر ، يبقى نصف مال إلا نصف نصيب ، يعدل ثلاثة أنصباء ، فاجبره
ينصف نصيب ، وزده على الثلاثة ، يبقى نصفًا كاملاً ، يعدل ثلاثة ونصفًا ، فالمال
كله سبعة .

فصل : فإن كانت الوصية الثانية ينصف ما يبقى من الثلث ، أخذت مخرج النصف
والثلث ، وهو ستة ، نقصت منها واحدًا ، يبقى خمسة ، فهي النصيب ، ثم تزيد
واحدًا على سهام البين ، وتضربها في المخرج ، تكن أربعة وعشرين تنقصها ثلاثة ،
يبقى أحد وعشرون ، فهو المال ، فتدفع إلى صاحب النصيب خمسة ، يبقى من الثلث
اثنان ، تدفع منهما سهمًا إلى الوصي الآخر ، يبقى خمسة عشر ، لكل ابن خمسة .
وبالطريق الثاني ، تزيد على سهام البين نصفًا ، وتضربها في المخرج ، تكن أحدًا
وعشرين . وبالثالث ، تعمل كما عملت في الأولى ، فإذا بلغت سبعة ضربتها في ثلاثة ؛
من أجل أن الوصية الثانية ينصف الثلث . والرابع ، تجعل الثلث سهمين ونصيبًا ،
تدفع النصيب إلى صاحبه ، وإلى الآخر سهمًا ، يبقى من المال خمسة أسهم
ونصيبان ، تدفع نصيبين إلى اثنين ، يبقى خمسة للثالث ، فهي النصيب ، فإذا بسطتها
كانت أحدًا وعشرين ، وبالجبر ، تأخذ مالا فتلقى منه ثلثه نصيبًا ، وتدفع إلى الآخر
نصف باقي الثلث ، يبقى من المال خمسة أسداسه إلا نصف نصيب ، اجبره ينصف
نصيب ، وزده على سهام البين ، يصير ثلاثة ونصفًا ، تعدل خمسة أسداس ، اقلب
وحول ، يصير النصيب خمسة ، وكل سهم ستة تكن أحدًا وعشرين .

١٤/٦ و

فصل : فإن أوصى لثلاث بربرع المال ، فخذ المخرج ، وهي اثنان وثلاثة وأربعة ،
واضرب بعضها في بعض ، تكن أربعة وعشرين ، وزد على عدد البين واحدًا ، تصير
أربعة ، واضربها في أربعة وعشرين ، تكن ستة وتسعين ، انقص منها ضرب نصف
سهم في أربعة وعشرين ، وذلك اثنا عشر ، يبقى أربعة وثمانون ، فهي المال ، ثم
انظر الأربعة وعشرين ، فانقص منها سدسها لأجل الوصية الثانية ، وربعها لأجل

الْوَصِيَّةُ الثَّالِثَةُ^(١٣) ، يَبْقَى أَرْبَعَةٌ عَشَرَ ، فَهُوَ النَّصِيبُ ، فَادْفَعَهَا إِلَى الْمُوصَى لَهُ
 بِالنَّصِيبِ ، ثُمَّ ادْفَعْ إِلَى الثَّانِي نِصْفَ مَا يَبْقَى مِنَ الثَّلَاثِ ، وَهُوَ سَبْعَةٌ ، وَإِلَى الثَّالِثِ رُبْعَ
 الْمَالِ أَحَدًا وَعِشْرِينَ ، يَبْقَى اثْنَانِ وَأَرْبَعُونَ ، لِكُلِّ ابْنِ أَرْبَعَةٍ عَشَرَ . وَبِالطَّرِيقِ الثَّانِي ،
 تَزِيدُ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنَيْنِ نِصْفَ سَهْمٍ ، وَتَضْرِبُ ثَلَاثَةً وَنِصْفًا فِي أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ
 أَرْبَعَةٌ وَثَمَانِينَ . وَبِالطَّرِيقِ الثَّالِثِ ، تَعْمَلُ فِي هَذِهِ كَمَا عَمِلْتَ فِي الَّتِي قَبْلَهَا ، فَإِذَا بَلَغَتْ
 أَحَدًا وَعِشْرِينَ ، ضَرَبْتَهَا فِي أَرْبَعَةٍ مِنْ أَجْلِ الرَّبْعِ ، تَكُنْ أَرْبَعَةٌ وَثَمَانِينَ . وَبِطَّرِيقِ
 النَّصِيبِ تَفْرِضُ الْمَالَ سِتَّةَ أَسْهُمٍ ، وَثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ ، تُدْفَعُ نَصِيبًا إِلَى صَاحِبِ النَّصِيبِ ،
 وَإِلَى الْآخَرِ سَهْمًا ، وَإِلَى صَاحِبِ الرَّبْعِ سَهْمًا وَنِصْفًا وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ نَصِيبٍ ، وَيَبْقَى
 مِنْ / الْمَالِ نَصِيبٌ وَرُبْعٌ وَثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَنِصْفٌ لِلْوَرِثَةِ ، يَغْدُلُ ثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ ، فَاسْقِطْ
 نَصِيبًا وَرُبْعًا بِمِثْلِهَا ، يَبْقَى ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَنِصْفٌ ، يَغْدُلُ نَصِيبًا وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ ، فَالنَّصِيبُ
 إِذَا سَهْمَانِ ، فَابْسُطِ الثَّلَاثَةَ الْأَنْصِبَاءَ ، تَكُنْ سِتَّةٌ ، فَصَارَ الْمَالُ اثْنَى عَشَرَ ، وَمِنْهَا
 يَصِغُ ، لِصَاحِبِ النَّصِيبِ سَهْمَانِ ، وَلِلْآخَرِ نِصْفُ بَاقِي الثَّلَاثِ سَهْمٌ ، وَلِصَاحِبِ
 الرَّبْعِ ثَلَاثَةٌ ، تَبْقَى سِتَّةٌ ، لِكُلِّ ابْنِ سَهْمَانِ . وَهَذَا أَخْصَرُّ وَأَحْسَنُ . وَبِالْجَبْرِ ، تَأْخُذُ
 مَا لَا تُدْفَعُ مِنْهُ نَصِيبًا ، يَبْقَى مَالٌ إِلَّا نَصِيبًا ، تُدْفَعُ نِصْفُ بَاقِي ثَلَاثِهِ ، وَهُوَ سُدُسٌ إِلَّا نِصْفَ
 نَصِيبٍ ، يَبْقَى مِنَ الْمَالِ خَمْسَةُ أَسْدَاسٍ إِلَّا نِصْفَ نَصِيبٍ ، تُدْفَعُ مِنْهَا رُبْعُ الْمَالِ ، يَبْقَى
 ثُلُثُ الْمَالِ^(١٤) وَرُبْعُهُ إِلَّا نِصْفَ نَصِيبٍ ، يَغْدُلُ ثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ ، اجْبُرْ وَقَابِلْ وَقَلِّبْ
 وَحَوِّلْ ، يَكُنْ النَّصِيبُ سَبْعَةً ، وَالْمَالُ اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ ، ثُمَّ تَضْرِبُهَا فِي اثْنَيْنِ ، لِيَزُولَ
 الْكَسْرُ ، يَرْجِعُ إِلَى أَرْبَعَةٍ وَثَمَانِينَ .

١٤/٦ ظ

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ الثَّالِثَةُ بِرُبْعٍ مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ الْوَصِيَّتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ ،
 فَاعْمَلْهَا بِطَّرِيقِ النَّصِيبِ ، كَمَا ذَكَرْنَا ، يَبْقَى مَعَكَ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ
 سَهْمٍ^(١٥) تَغْدُلُ نَصِيبًا وَنِصْفًا ، ابْسُطْهَا^(١٥) أَرْبَاعًا ، تَكُنْ السَّهْمُ خَمْسَةَ عَشَرَ ،

(١٣) سقط من : الأصل ، م .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في م : ابسطهما .

والأنصباء سِتَّةٌ ، تُوفَّقُهُمَا^(١٦) وتُرَدُّهُمَا إلى وَفَّقِيَهُمَا ، تَصِيرُ خَمْسَةَ أَشْهُمٍ ، تُعْدَلُ
نَصِيبَيْنِ ، أَقْلَبُ وَاجْعَلِ النَّصِيبَ خَمْسَةَ وَالسَّهْمَ اثْنَيْنِ ، وَأَبْسْطُ مَا مَعَكَ ، يَصِيرُ سَبْعَةَ
وَعِشْرِينَ ، فَادْفَعْ خَمْسَةَ إِلَى صَاحِبِ النَّصِيبِ ، وَإِلَى الْآخَرِ نِصْفَ بَاقِيِ الثُّلْثِ
سَهْمَيْنِ ، وَإِلَى الْآخَرِ رُبْعَ الْبَاقِيِ خَمْسَةَ ، يَبْقَى خَمْسَةَ عَشَرَ ، لِكُلِّ ابْنِ خَمْسَةَ . وَهَذَا
الطَّرِيقُ أَخْصَرُ . وَإِنْ عَمِلْتَ بِالطَّرِيقِ الثَّانِي ، أَخَذْتَ أَرْبَعَةَ وَعِشْرِينَ ، فَتَقَصَّصْتَ
سُدُسَهَا وَرُبْعَ الْبَاقِيِ ، يَبْقَى خَمْسَةَ عَشَرَ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، ثُمَّ زِدْتَ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ
سَهْمًا ، وَتَقَصَّصْتَ نِصْفَهُ وَرُبْعَ الْبَاقِيِ^(١٧) مِنْهُ ، يَبْقَى ثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ ، رُدَّهَا عَلَى سِهَامِ
الْبَيْنِ ، تَكُنْ^(١٨) ثَلَاثَةً ، وَثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ ، تُضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةِ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ أَحَدًا
وَأَثْنَيْنِ ، وَمِنْهَا نَصِيبٌ ، وَبِالْجَبْرِ تُفْضِي إِلَى ذَلِكَ أَيْضًا .

فصل : وَإِنْ خَلَّفَ أُمًّا وَأُخْتًا وَعَمًّا ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْعَمِّ ، وَسُدُسَ
/ مَا يَبْقَى ، وَلَا خَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُمِّ وَرُبْعَ مَا يَبْقَى ، وَلَا خَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُخْتِ وَثُلْثَ
مَا يَبْقَى ، فَاعْمَلْهَا بِالْمَنْكُوسِ ، وَقُلْ : أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ سِتَّةٌ ، فَإِنْدًا بِآخِرِ الْوَصَايَا ،
فَقُلْ : هَذَا مَالٌ ذَهَبَ ثُلْثُهُ ، فَرِذْ عَلَيْهِ نِصْفَهُ ثَلَاثَةً ، وَمِثْلُ نَصِيبِ الْأُخْتِ ثَلَاثَةً ، صَارَتْ
اِثْنَتَيْ عَشَرَ ، ثُمَّ قُلْ : هَذَا بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ رُبْعُهُ ، فَرِذْ عَلَيْهِ^(١٩) ثُلْثُهُ ، وَمِثْلُ نَصِيبِ الْأُمِّ
سِتَّةٌ ، صَارَ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ^(٢٠) ، ثُمَّ قُلْ : هَذَا بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ سَبْعُهُ ، فَرِذْ عَلَيْهِ سُدُسَهُ ،
وَنَصِيبَ الْعَمِّ ، صَارَ اثْنَيْنِ وَعِشْرِينَ ، وَمِنْهُ نَصِيبٌ .

فصل : فِي الْإِسْتِثْنَاءِ ، إِذَا خَلَّفَ ثَلَاثَةَ بَيْنِينَ ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمُ الْآرْبَعَ
الْمَالِ ، فَخُذْ مَخْرَجَ الْكَسْرِ أَرْبَعَةً ، وَرِذْ عَلَيْهَا سَهْمًا ، تَكُنْ خَمْسَةَ ، فَهَذَا النَّصِيبُ ،

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « تَوَفَّقُهُمَا » .

(١٧) فِي ١ : « مَا يَبْقَى » .

(١٨) فِي م : « تَكْفَى » .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ١ .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : م .

وَزِدْ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ وَاحِدًا ، وَاضْرِبْهُ فِي مَخْرَجِ الْكَسْرِ ، تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، وَتَدْفَعْ إِلَى الْوَصِيِّ خَمْسَةً ، وَتُسْتَثْنَى مِنْهُ أَرْبَعَةٌ يَبْقَى لَهُ (٢١) سَهْمٌ ، وَلِكُلِّ ابْنِ خَمْسَةٍ . وَإِنْ شِئْتَ خَصَصْتَ كُلَّ ابْنٍ بِرُبْعٍ ، وَقَسَمْتَ الرُّبْعَ الْبَاقِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ عَلَى أَرْبَعَةٍ . فَإِنْ قَالَ : لِأَرْبَعِ الْبَاقِيَ بَعْدَ النَّصِيبِ . فَرِزْ عَلَى سِهَامِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَرُبْعًا ، وَاضْرِبْهُ فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ سَبْعَةَ عَشَرَ ، لِلْوَصِيِّ سَهْمَانِ ، وَلِكُلِّ ابْنِ خَمْسَةٍ . وَبِالْجَبْرِ ، تَأْخُذْ مَالًا ، وَتَدْفَعْ مِنْهُ نَصِيبًا إِلَى الْوَصِيِّ لَهُ ، وَتُسْتَثْنَى مِنْهُ رُبْعُ الْبَاقِي ، وَهُوَ رُبْعُ مَالِ الْأَرْبَعِ نَصِيبٍ ، صَارَ مَعَكَ مَالٌ وَرُبْعٌ إِلَّا نَصِيبًا وَرُبْعًا ، يَغْدُلُ أَنْصِبَاءُ الْبَيْنِ ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ ، اجْبُرْ وَقَابِلْ ، يَخْرُجُ النَّصِيبُ خَمْسَةً ، وَالْمَالُ سَبْعَةَ عَشَرَ . فَإِنْ قَالَ : لِأَرْبَعِ الْبَاقِيَ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ . جَعَلْتَ الْمَخْرَجَ ثَلَاثَةً ، وَزِدْتَ عَلَيْهِ ثُلْثَهُ ، صَارَ أَرْبَعَةً ، فَهُوَ النَّصِيبُ ، وَتَزِيدُ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ نَصِيبًا وَثُلْثًا ، وَتَضْرِبُ فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ ثَلَاثَةَ عَشَرَ ، فَهُوَ الْمَالُ . وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ : الْمَالُ كُلُّهُ ثَلَاثَةُ أَنْصِبَاءَ وَوَصِيَّةٌ ، وَالْوَصِيَّةُ هِيَ نَصِيبُ الْأَرْبَعِ الْبَاقِيَ بَعْدَهَا ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةٌ أَرْبَاعٍ نَصِيبٍ ، فَيَبْقَى رُبْعُ نَصِيبٍ ، فَهُوَ الْوَصِيَّةُ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمَالُ كُلُّهُ ثَلَاثَةٌ وَرُبْعٌ ، ابْسُطْهَا ، تَكُنْ ثَلَاثَةَ عَشَرَ . وَلِهَذَا الْمَسَائِلُ طُرُقٌ سِوَى مَا ذَكَرْنَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : / أَوْصَيْتُ لَكَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ بَنِيَّ إِلَّا ثُلْثَ مَا يَبْقَى مِنْ الثُّلُثِ . فَخُذْ مَخْرَجَ الْكَسْرِ (٢٢) ثُلْثَ الثُّلُثِ ، وَهُوَ تِسْعَةٌ وَزِدْ عَلَيْهَا سَهْمًا ، تَكُنْ عَشْرَةً ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، وَزِدْ عَلَى أَنْصِبَاءِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَثُلْثًا ، وَاضْرِبْ ذَلِكَ فِي تِسْعَةٍ ، تَكُنْ تِسْعَةٌ وَثَلَاثِينَ ، اذْفَعْ عَشْرَةً إِلَى الْوَصِيِّ ، وَاسْتَنْ مِنْهُ ثُلْثَ بَقِيَّةِ الثُّلُثِ سَهْمًا ، يَبْقَى لَهُ تِسْعَةٌ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ عَشْرَةٌ . وَإِنْ قَالَ : إِلَّا ثُلْثَ مَا يَبْقَى مِنَ الثُّلُثِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ . جَعَلْتَ الْمَالَ سِتَّةً ، وَزِدْتَ عَلَيْهَا سَهْمًا ، صَارَتْ سَبْعَةً ، فَهَذَا هُوَ النَّصِيبُ ، وَزِدْتَ عَلَى أَنْصِبَاءِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَنِصْفًا ،

(٢١) فِي أ، م : هـ هـ .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ .

وَضَرَبَتْهُ فِي سِتَّةٍ ، صَارَ سَبْعَةً وَعِشْرِينَ ، وَدَفَعَتْ إِلَى الْوَصِيِّ سَبْعَةً ، وَأَخَذَتْ مِنْهُ (٢٣) نِصْفَ بَقِيَّةِ الثُّلُثِ ، بَقِيَ مَعَهُ سِتَّةٌ ، وَبَقِيَ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ ، لِكُلِّ ابْنِ سَبْعَةٍ ، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ، لِأَنَّ الثُّلُثَ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ هُوَ النِّصْفُ بَعْدَ النَّصِيبِ ، وَمَتَى أَطْلَقَ الْإِسْتِثْنَاءَ ، فَلَمْ يَقُلْ : بَعْدَ النَّصِيبِ وَلَا بَعْدَ (٢٤) الْوَصِيَّةِ . فَعِنْدَ الْجُمْهُورِ يُحْمَلُ عَلَى مَا بَعْدَ النَّصِيبِ ، وَعِنْدَ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ وَالْبَصْرِيِّينَ يَكُونُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : إِلَّا خُمْسَ مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ النَّصِيبِ ، وَلَا خَرِبْتُ لِمَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ وَصِيَّةِ الْأَوَّلِ ، فَخُذِ الْمَخْرَجَ (٢٥) خُمْسَةً ، وَزِدْ عَلَيْهَا خُمْسَهَا ، تَكُنْ سِتَّةً ، انْقُصْ ثُلُثَهَا مِنْ أَجْلِ الْوَصِيَّةِ بِالثُّلُثِ ، يَبْقَى أَرْبَعَةٌ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، ثُمَّ خُذْ سَهْمًا ، وَزِدْ عَلَيْهِ خُمْسَةً ، وَانْقُصْ مِنْ ذَلِكَ ثُلُثَهُ ، يَبْقَى أَرْبَعَةٌ أَخْمَاسَ ، زِدْهَا عَلَى أَنْصِبَاءِ الْبَيْنِ ، وَاضْرِبْهَا فِي خُمْسَةٍ ، تَصِيرُ تِسْعَةً عَشَرَ ، فَهِيَ الْمَالُ ، اذْفَعْ إِلَى الْأَوَّلِ أَرْبَعَةً ، وَاسْتَثْنِ مِنْهُ خُمْسَ (٢٦) الْبَاقِي ثَلَاثَةً ، يَبْقَى مَعَهُ سَهْمٌ ، فَادْفَعْ إِلَى الْآخِرِ ثُلُثَ الْبَاقِي سِتَّةً ، يَبْقَى اثْنَا عَشَرَ ، لِكُلِّ ابْنِ أَرْبَعَةٍ . وَبِالْجَبْرِ خُذْ مَالًا ، وَالْقِيَ مِنْهُ نَصِيبًا ، وَاسْتَزِجْ مِنْهُ خُمْسَ الْبَاقِي ، يَصِرْ مَعَكَ مَالٌ وَخُمْسُ الْأَنْصِيبِ وَخُمْسًا ، الْقِيَ مِنْهُ (٢٧) ثُلُثَ ذَلِكَ ، يَبْقَى أَرْبَعَةٌ أَخْمَاسَ مَالٍ إِلَّا أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِ نَصِيبٍ ، تَعْدِلُ ثَلَاثَةُ أَنْصِبَاءَ ، اجْبُرْ وَقَابِلْ وَابْسُطْ ، يَكُنِ الْمَالُ تِسْعَةً عَشَرَ ، وَالنَّصِيبُ / أَرْبَعَةٌ . وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ : أَنْصِبَاءُ الْبَيْنِ ثَلَاثَةٌ ، وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ ثُلُثُهُ ، فَرِزْ عَلَيْهِ نِصْفَهُ ، يَصِرْ أَرْبَعَةَ أَنْصِبَاءَ وَنِصْفًا وَوَصِيَّةً ، وَالْوَصِيَّةُ هِيَ نَصِيبٌ إِلَّا خُمْسَ الْبَاقِي ، وَهُوَ نِصْفُ نَصِيبٍ وَخُمْسُ (٢٨) نَصِيبٍ ، وَخُمْسُ (٢٨) وَصِيَّةٍ ، أَسْقِطْهُ مِنَ النَّصِيبِ ، يَبْقَى خُمْسُ نَصِيبٍ وَعِشْرُ

و ١٦/٦

(٢٣) فِي م : « وَاحِدَةً مِنْ » .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(٢٥) فِي م : « الْجَمِيعَ » .

(٢٦) فِي م : « خُمْسَةً » .

(٢٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ .

(٢٨) ٢٨ - ٢٨) سَقَطَ مِنْ : م .

نصيب إلا خمس وصية ، تعدل وصية ، اجبر وقابل وابسط ، نصير ثلاثة من النصيب ، تعدل اثني عشر سهمًا من الوصية ، وهي تتفق بالثلاث ، فردّها على وفقها ، نصير سهمًا ، يعدل أربعة ، فالوصية سهم ، والنصيب أربعة ، فابسطها ، تكن تسعة^(٧٩) عشر . فإن كان الاستثناء بعد الوصية ، قلت : المال أربعة أسهم ونصف وصية ، وهي نصيب إلا خمس الباقي ، وهو تسعة أعشار نصيب ، يبقى عشر نصيب ، فهو الوصية . فابسط الكل أعشارا تكن الأنصباء خمسة وأربعين ، والوصية سهم . وإن كان استثنى خمس المال كله ، فالوصية عشر نصيب إلا خمس وصية ، اجبر يصير العشر يعدل وصية وخمسا ، ابسط يصير النصيب ستين ، والوصية خمسة ، والمال كله مائتان وخمسة وسبعون ، ألق منها ستين ، واسترجع منه خمس المال ، وهو خمسة وخمسون ، يبق له خمسة ، وللآخر ثلثا الباقي تسعون ، ويبقى مائة وثمانون ، لكل ابن ستون ، وترجع بالاختصار إلى خمسها ، وذلك خمسة وخمسون ، للوصي الأول سهم ، وللثاني ثمانية عشر ، ولكل ابن اثنا عشر . وبالجبر ، تأخذ مالا تلقى منه نصيبا ، وتزيد على المال خمسة ، يصير مالا وخمسا إلا نصيبا ، ألق ثلث ذلك ، يبق أربعة أخماس مال إلا ثلثي نصيب ، يعدل ثلاثة ، اجبر وقابل وابسط ، يكن المال ثمانية عشر وثلثا ، اضربها في ثلاثة ، ليزول الكسر ، يصير خمسة وخمسين . وإن كان استثنى الخمس كله ، وأوصى بالثلث كله ، فخذ مخرج الكسرين / خمسة عشر ، وزد عليها خمسة ، ثم انقص ثلث المال كله ، يبق ثلاثة عشر ، فهي النصيب ، وزد على أنصباء البنين سهمًا ، واضربه في المال ، يكن ستين ، وهو المال . وإن كان استثنى خمس الباقي ، وأوصى بثلث المال كله ، فالعمل كذلك ، إلا أنك تزيد على سهام البنين سهمًا وخمسا ، وتضربها ، تكن ثلاثة وستين ، فإن كان استثنى خمس ما بقي من الثلث ، زدت على الخمسة عشر سهمًا واحدًا ، فصارت ستة عشر ، ثم نقصت ثلث المال كله ، بقي أحد عشر ، فهي النصيب ، ثم زدت

(٧٩) م : « أربعة » .

على (٣٠) سَهَامِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَخُمْسًا ، وَضَرَبْتُهَا فِي خُمْسَةِ عَشَرَ ، تَكُنْ ثَلَاثَةً وَسِتِّينَ ، تَدْفَعُ إِلَى الْوَصِيِّ الْأَوَّلِ أَحَدَ عَشَرَ ، وَتُسْتَنْبِئُ مِنْهُ خُمْسَ بَقِيَّةِ الثَّلَاثِ سَهْمَيْنِ ، يَبْقَى مَعَهُ تِسْعَةٌ ، وَتَدْفَعُ إِلَى صَاحِبِ الثَّلَاثِ إِحْدَى وَعِشْرِينَ ، يَبْقَى ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ ، لِكُلِّ ابْنِ أَحَدَ عَشَرَ ، فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ الثَّانِيَةُ بِثُلْثِ بَاقِي الْمَالِ ، زِدْتَ عَلَى الْخُمْسَةِ عَشَرَ وَاحِدًا ، ثُمَّ نَقَصْتَ ثُلْثَ السَّتَّةِ عَشَرَ ، وَلَا ثُلْثَ لَهَا ، فَاضْرِبْهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً وَأَرْبَعِينَ ، انْقُصْ ثُلُثَهَا ، يَبْقَى اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، وَخُذْ سَهْمًا ، وَزِدْ عَلَيْهِ خُمْسَهُ ، ثُمَّ انْقُصْ ثُلْثَ ذَلِكَ مِنْ أَجْلِ الْوَصِيَّةِ بِثُلْثِ الْبَاقِي ، يَبْقَى أَرْبَعَةُ أَخْمَاسٍ ، زِدْهَا عَلَى سَهَامِ الْوَرِثَةِ ، وَاضْرِبْهَا فِي خُمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ ، تَكُنْ مِائَةً وَإِحْدَى وَسِتِّينَ . وَمِنْهَا تَصْبِحُ .

فصل : فَإِنْ خَلَّفَ أَرْبَعَةَ بَيْنِ ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ إِلَّا نَصِيبَ أَحَدِهِمْ ، أَوْ أَوْصَى لَهُ بِتَكْمِلَةِ الثَّلَاثِ عَلَى نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، فَلَهُ التَّسْعُ . وَحِسَابُهَا أَنْ تَدْفَعَ إِلَى الْوَصِيِّ وَابْنِ ثُلْثِ الْمَالِ ، يَبْقَى ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثَةٌ بَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ تِسْعَانِ ، فَعَلِمْتَ أَنَّ نَصِيبَ الْإِبْنِ مِنَ الثَّلَاثِ تِسْعَانِ ، يَبْقَى تِسْعٌ لِلْوَصِيِّ . وَإِنْ وَصَّى لِآخَرَ بِخُمْسٍ مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ الْأُولَى ، عَزَلْتَ ثُلْثَ الْمَالِ ، ثُمَّ أَخَذْتَ مِنْهُ نَصِيبًا ، وَرَدَدْتَهُ عَلَى الثَّلَاثَيْنِ ، وَدَفَعْتَ إِلَى الْوَصِيِّ الثَّانِي خُمْسَ ذَلِكَ ، يَبْقَى مِنَ الْمَالِ ثُلْثُهُ وَخُمْسُهُ وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسٍ نَصِيبٌ لِلْوَرِثَةِ ، فَاسْقِطْ / أَرْبَعَةَ أَخْمَاسٍ نَصِيبٍ بِمِثْلِهَا ، يَبْقَى لَهُ (٣١) ثُلْثُهُ (٣٢) وَخُمْسٌ ، تَعْدِلُ ثُلْثًا وَخُمْسًا ، فَنَصْفُ الْمَالِ إِذَا يَعْدِلُ ثَلَاثَةٌ أَنْصِبَاءَ ، وَالْمَالُ كُلُّهُ سِتَّةٌ لِلْوَصِيِّينَ وَالْبَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ سَهْمٌ . (طَرِيقُ آخَرٍ) سَهَامُ الْبَيْنِ أَرْبَعَةٌ ، وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالِ ذَهَبَ خُمْسُهُ ، فَرَدَّ عَلَيْهِ رُبْعُهُ لِلْوَصِيِّ الثَّانِي ، صَارَتْ خُمْسَةً ، ثُمَّ زِدْ عَلَى سَهْمِ ابْنِ مَا يَكْمُلُ بِهِ الثَّلَاثُ ، وَهُوَ سَهْمٌ آخَرُ فَصَارَتْ سِتَّةٌ . وَإِنْ شِئْتَ فَرَضْتَ الْمَالَ خُمْسَةً أَسْهَمَ وَتَكْمِلَةً ،

و ١٧/٦

(٣٠) سقط من : م .

(٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) في ١ ، م : د ثلاثة .

وَدَفَعَتِ التَّكْمِلَةَ إِلَى صَاحِبِهَا ، وَخُمُسَ الْبَاقِي إِلَى صَاحِبِهِ ، وَيَتَّقَى لِكُلِّ ابْنِ سَهْمٍ .
وَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّ سَهْمَ ابْنِ مَعَ التَّكْمِلَةَ ثُلُثُ الْمَالِ ، وَأَنَّ الْبَاقِيَ بَعْدَهُمَا الثُّلَاثِينَ ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ
أَسْهُمٍ ، فَقَابِلُ بَهِمَا (٣٣) نِصْفَ الْأَرْبَعَةِ ، وَهِيَ سَهْمَانِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ التَّكْمِلَةَ سَهْمٌ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ ابْنَيْهِ ، وَهُمْ ثَلَاثَةٌ ، وَلَا خَرَ بَثْلُ مَا يَتَّقَى
مِنَ الثُّلُثِ ، وَلَا خَرَ بِذَرَاهِمٍ ، فَاجْعَلِ الْمَالَ تِسْعَةَ دَرَاهِمٍ وَثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ (٣٤) ، فَادْفَعْ إِلَى
الْوَصِيِّ الْأَوَّلِ نَصِيبًا ، وَإِلَى الثَّانِي وَالثَّالِثِ دِرْهَمَيْنِ ، بَقِيَ سَبْعَةٌ وَنَصِيبَانِ ، اذْفَعْ
نَصِيبَيْنِ إِلَى ابْنَيْنِ ، يَتَّقَى سَبْعَةً لِلابْنِ الثَّالِثِ ، فَالنَّصِيبُ سَبْعَةٌ ، وَالْمَالُ ثَلَاثُونَ ، فَإِنْ
كَانَتِ الْوَصِيَّةُ الثَّلَاثَةُ بِدِرْهَمَيْنِ ، فَالنَّصِيبُ سِتَّةً وَالْمَالُ سَبْعَةٌ وَعِشْرُونَ .

فصل : وَإِنْ تَرَكَ سِتِّمَائَةً ، وَوَصَّى لِأُجْنَبِيٍّ بِمَائَةٍ ، وَلَا خَرَ بِتَمَامِ الثُّلُثِ ، فَلِكُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَائَةٌ ، فَإِنْ رَدَّ الْأَوَّلُ وَصِيَّتَهُ فَلَا خَرَ مَائَةً . وَإِنْ وَصَّى لِلأَوَّلِ بِمَائَتَيْنِ ،
وَلَا خَرَ بِبَاقِي الثُّلُثِ ، فَلَا شَيْءَ لِلثَّانِي ، سِوَاءَ رَدِّ الْأَوَّلِ وَصِيَّتَهُ أَوْ أَجَازَهَا . وَهَذَا قِيَاسُ
قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ، وَأَهْلُ الْبَصْرَةِ . وَقَالَ أَهْلُ الْعِرَاقِ : إِنْ رَدَّ الْأَوَّلُ ، فَلِلثَّانِي مَائَتَانِ فِي
الْمَسَائِلَتَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَائَتَيْنِ لَيْسَتْ بِبَاقِي الثُّلُثِ ، وَلَا تَتِمَّتْ ، فَلَا يَكُونُ مُوَصَّى بِهَا
لِلثَّانِي ، كَمَا لَوْ قَبِلَ الْأَوَّلُ . وَلَوْ وَصَّى لِوَارِثٍ بِثُلَاثِهِ ، وَلَا خَرَ بِتَمَامِ الثُّلُثِ ، فَلَا شَيْءَ
لِلثَّانِي . وَعَلَى قَوْلِ أَهْلِ الْعِرَاقِ ، لَهُ الثُّلُثُ كَامِلًا .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَلَا خَرَ بِمَائَةٍ / ، وَلِلثَّالِثِ بِتَمَامِ الثُّلُثِ عَلَى
الْمَائَةِ ، وَلَمْ يَزِدِ الثُّلُثَ عَلَى مَائَةٍ ، بَطَلَتْ وَصِيَّةُ التَّمَامِ . وَإِنْ زَادَ عَلَى مَائَةٍ ، وَأَجَازَ
الْوَرِثَةَ ، أَمْضِيَتْ وَصَايَاهُمْ عَلَى مَا أَوْصَى لَهُمْ بِهِ . وَإِنْ رَدُّوا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
يُرَدُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَصَايَا رَجَعَتْ إِلَى نِصْفِهَا ، فَيَدْخُلُ
النَّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ مَالِهِ فِي الْوَصِيَّةِ ، كَسَائِرِ الْوَصَايَا . وَالثَّانِي ، لَا شَيْءَ

(٣٣) فِي م : د سَهْمًا .

(٣٤) فِي م : د أَيْضًا .

لصاحب التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ، ثم يكون الثلث بين الوصيين الآخرين نصفين ، ويُزاحم صاحب المائة صاحب^(٣٥) التمام ، ولا يُعطيه شيئاً ؛ لأنه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها ، وما تكت له . ويجوز أن يزاحم به ولا يُعطيه ، كالآخر من الأبوين ، يزاحم الجد بالآخر من الأب ، ولا يُعطيه شيئاً .

٩٦٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى لِزَيْدٍ يَنْصِفُ مَالَهُ ، وَلِعَمْرٍو بِرُبْعِ مَالِهِ ، وَلَمْ يَجْزِ ذَلِكَ الْوَرَثَةَ ، فَالْثُلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ ؛ لِعَمْرٍو سَهْمٌ ، وَلِزَيْدٍ سَهْمَانِ)

وجملته أنه إذا أوصى بأجزاء من المال ، أخذتها من مخرجها ، وقسمت الباقي على الورثة . وإن لم يُجيزوا ، قسمت الثلث بين الأوصياء على قدر سيهامهم ، في حال الإجازة ، وقسمت الثلثين على الورثة ، ولا فرق بين أن يكون في^(١) الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث أو لا . هذا قول الجمهور ، منهم ؛ الحسن ، والشافعي ، ومالك ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة ، وأبو ثور ، وابن المنذر : لا يضرب الموصى له في حال الرد بأكثر من الثلث ؛ لأن ما جاوز الثلث باطل ، فكيف يضرب به ؟ ولنا ، أنه^(٢) فاضل بينهما في الوصية فلم تجز التسوية ، كما لو وصى بثلث ورُبْع ، أو بمائة ومائتين ، وماله أربع مائة . وهذا يبطل ما ذكروه ، ولأنها وصية صحيحة ، ضاق عنها الثلث ، فتقسم^(٣) بينهم على قدر الوصايا ، كالثلث والرُبْع . وليس الأمر على ما قالوه في بطلان الوصية ، فإن الوصية صحيحة على ما ذكرناه فيما مضى . فعلى هذا إذا أوصى / لزيد ينصف ماله ، ولعمرو برُبْعِه ، فللموصى لهما ثلاثة أرباع المال ، إن أجاز

١٨/٦ و

(٣٥) في الأصل : « بصاحب » .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « أن » .

(٣) في الأصل ، ١ : « قسم » .

الْوَرِثَةُ ، وَيَبْقَى لَهُمُ الرُّبْعُ . وَإِنْ رَدُّوا ، فَالثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَالْمَسْأَلَةُ كُلُّهَا مِنْ تِسْعَةٍ . وَإِنْ أَجَازُوا لِأَحَدِهِمَا دُونَ صَاحِبِهِ ، ضَرَبْتَ مَسْأَلَةَ الرَّدِّ فِي مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ ، وَأَعْطَيْتِ الْمُجَازِلَ سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ، وَالْمَرْدُودُ عَلَيْهِ سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ مَضْرُوبًا فِي مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ . وَإِنْ أَجَازَ بَعْضُ الْوَرِثَةِ لَهَا ، وَرَدَّ الْبَاقُونَ عَلَيْهِمَا ، أَعْطَيْتِ الْمُجِيزَ سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ، وَمَنْ لَمْ يُجِزْ سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ مَضْرُوبًا فِي مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ ، وَقَسَمْتَ الْبَاقِيَ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ . وَإِنْ اتَّفَقَتِ الْمَسْأَلَتَانِ ، ضَرَبْتَ وَفَقَ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى ، وَمَنْ لَه سَهْمٌ مِنْ إِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ مَضْرُوبٌ فِي وَفَقِ الْأُخْرَى . وَإِنْ دَخَلَتْ إِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ فِي الْأُخْرَى ، اجْتَزَأَتْ بِأَكْثَرِهِمَا ، فَفِي مَسْأَلَةِ الْخِرْقَى هَذِهِ ، إِذَا كَانَ الْوَرِثَةُ أُمًّا وَثَلَاثَ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ^(٤) ، فَأَجَازُوا ، فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ أَرْبَعَةٍ ، لِلْوَصِيِّينَ ثَلَاثَةً ، وَيَبْقَى سَهْمٌ عَلَى سِتَّةٍ ، تَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرِينَ . وَإِنْ رَدُّوا فَلِلْوَصِيِّينَ الثُّلُثُ ثَلَاثَةً ، وَيَبْقَى سِتَّةٌ عَلَى الْمَسْأَلَةِ وَهِيَ سِتَّةٌ ؛ فَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَإِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ النِّصْفِ وَحْدَهُ ، ضَرَبْتَ وَفَقَ التِّسْعَةِ فِي أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ اثْنَا عَشَرَ فِي ثَلَاثَةِ سِتَّةٍ وَثَلَاثُونَ ، وَلِلْآخِرِ سَهْمٌ فِي ثَمَانِيَةٍ ، وَيَبْقَى ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ لِلْوَرِثَةِ . وَإِنْ أَجَازَتِ الْأُمُّ لَهَا وَرَدَّ الْبَاقُونَ عَلَيْهِمَا ، أَعْطَيْتِ الْأُمَّ سَهْمًا فِي ثَلَاثَةٍ ، وَالْبَاقِينَ خَمْسَةَ أَشْهُمٍ فِي ثَمَانِيَةٍ ، صَارَ الْجَمِيعُ ثَلَاثَةً وَأَرْبَعِينَ ، وَيَبْقَى تِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ . وَإِنْ أَجَازَتِ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ وَحْدَهَا^(٥) ، فَلَهَا تِسْعَةٌ^(٦) وَلِبَاقِي الْوَرِثَةِ^(٦) أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، وَيَبْقَى تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ لَهَا عَلَى ثَلَاثَةٍ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ سِتَّةٌ وَعِشْرُونَ ، وَلِلْآخِرِ ثَلَاثَةٌ عَشَرَ .

(٤) فِي م : ١ : مَتَفَرِّقَاتٌ .

(٥) فِي م : ١ : وَحْدَهَا ؛ تَصْحِيفٌ .

(٦ - ٦) فِي م : ١ : وَالْبَاقِي لِلْوَرِثَةِ .

فصل : إذا جاوزت الوصايا المال ، فاقسم المال بينهم على قدر وصاياهم ، / مثل العول ، واجعل وصاياهم كالفروض التي فرضها الله تعالى للورثة ، إذا زادت على المال . وإن ردوا ، قسمت الثلث بينهم على تلك السهام . وهذا قول النخعي ، ومالك ، والشافعي . قال سعيد بن منصور^(٧) : حدثنا أبو معاوية ، حدثنا أبو^(٨) عاصم الثقفي قال : قال لي إبراهيم النخعي : ما تقول في رجل أوصى بنصف ماله ، وثلث ماله ، ورُبع ماله ؟ قلت : لا يجوز . قال : فإنهم قد أجازوا . قلت : لأدري ؟ قال : أمسك اثني عشر ، فأخرج نصفها ستة ، وثلثها أربعة ، ورُبعها ثلاثة ، فاقسم المال على ثلاثة عشر ، فلصاحب النصف ستة ، ولصاحب الثلث أربعة ، ولصاحب الربع ثلاثة . وكان أبو حنيفة يقول : يأخذ أكثرهم وصية ما^(٩) يفضل به على من دونه ، ثم يقتسمون الباقي ، إن أجازوا ، وفي الرد لا يضرب لأحد^(١٠) بأكثر من الثلث ، وإن نقص بعضهم عن الثلث ، أخذ أكثرهم ما يفضل به على من دونه . ومثال ذلك ، رجل أوصى بثلثي ماله ونصفه وثلثه ، فالمال بينهم على تسعة في الإجازة ، والثلث بينهم كذلك في الرد ، كمسألة فيها زوج وأختان لأب وأختان لأم . وقال أبو حنيفة : صاحب الثلثين يفضلهما بسدس ، فيأخذه ، وهو صاحب النصف يفضلان صاحب الثلث بسدس ، فيأخذانه بينهما نصفين ، ويقتسمون الباقي بينهم أثلاثا . وتصبح من ستة وثلثين ، لصاحب الثلثين سبعة عشر ، ولصاحب النصف أحد عشر ، ولصاحب الثلث ثمانية . وإن ردوا قسم بينهم على ثلاثة . ولو أوصى لرجل بجميع ماله ، وآخر بثلثه ، فالمال بينهما على أربعة إن أجازوا ، والثلث بينهما كذلك في حال الرد . وعند أبي حنيفة : إن أجازوا فلصاحب المال الثلثان ، يتفرد بهما ، ويقاسم صاحب الثلث ، فيحصل له خمسة أسداس ، ولصاحب الثلث السدس ،

(٧) في : باب الرجل يوصي للرجل فيموت الموصى له . السنن ١١٦/١ .

(٨) سقط من : م .

(٩) في م : « مما » .

(١٠) في م : « لأحدهم » .

وإن رُدُّوا ، اُقتَسَمَا التُّلْثَ نِصْفَيْنِ ، فلا يَحْصُلُ لِصَاحِبِ التُّلْثِ إِلَّا السُّدُسُ في الإِجَارَةِ والرَّدُّ جَمِيعًا . ولو جَعَلَ مَكَانَ التُّلْثِ سُدْسًا / ، لكان لِصَاحِبِ المَالِ خَمْسَةُ أَسْدَاسٍ^(١١) في الإِجَارَةِ ، وَيُقَاسِمُ صَاحِبُ السُّدُسِ ، فَيَأْخُذُ نِصْفَهُ ، وَيَبْقَى لِصَاحِبِ السُّدُسِ نِصْفُهُ سَهْمٌ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ . وفي الرَّدِّ ، يَفْتَسِمَانِ التُّلْثَ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ، فَيَجْعَلُ لِصَاحِبِ السُّدُسِ التُّسْعَ سَهْمٌ مِنْ تِسْعَةٍ ، وذلك أَكْثَرُ ممَّا حَصَلَ لَهُ في الإِجَارَةِ ، وهذا دَلِيلٌ عَلَى فَسَادِ هَذَا القَوْلِ ، لِزِيَادَةِ سَهْمِ المُوَصَّى لَهُ في الرَّدِّ عَلَى حَالِهِ الإِجَارَةِ ، وَمَتَى كَانَ لِلْمُوَصَّى لَهُ^(١٢) حَقٌّ فِي حَالِ الرَّدِّ ، لَا يَتَّبِعِي أَنْ يَتِمَّكَنَ الوَارِثُ مِنْ تَغْيِيرِهِ ، وَلَا تَنْقِصِهِ ، وَلَا أَخْذِهِ مِنْهُ ، وَلَا صَرْفِهِ إِلَى غَيْرِهِ ، مع أَنَّ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الجُمْهُورُ نَظِيرُهُ مَسَائِلُ العَوْلِ في الفَرَائِضِ ، والدُّيُونِ عَلَى الْمُفْلِسِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ لَا نَظِيرَ لَهُ ، مع أَنَّ قَرْضَ اللَّهِ تَعَالَى لِلوَارِثِ أَكْثَرُ مِنْ قَرْضِ المُوَصَّى وَوَصِيَّتِهِ ، ثُمَّ إنَّ صَاحِبَ الفَضْلِ^(١٣) فِي الفَرَضِ^(١٤) المَفْرُوضِ ، لَا يَنْفَرِدُ بِفَضْلِهِ ، فَكَذَا فِي الوَصَايَا .

فصل : وإذا خَلَفَ ابْنَيْنِ ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمَالِهِ كُلِّهِ ، وَلِلْآخَرِ بِنِصْفِهِ ، فَاَلْمَالُ بَيْنَ الوَصِيَّيْنِ عَلَى ثَلَاثَةٍ إِنْ أَجَازَا ؛ لِأَنَّكَ إِذَا بَسَطْتَ المَالُ مِنْ جِنْسِ الكَسْرِ ، كَانَ نِصْفَيْنِ ، فَإِذَا ضَمَمْتَ النِّصْفَ الْآخَرَ ، صَارَتْ ثَلَاثَةٌ ، فَيُقَسَّمُ المَالُ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَيَصِيرُ النِّصْفُ ثُلُثًا ، كَمَسْأَلَةِ فِيهَا زَوْجٌ وَأُمٌّ وَثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُفْتَرَقَاتٍ^(١٥) ، فَإِنْ رَدُّوا ، فَالْثُلْثُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَإِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ النِّصْفِ وَحْدَهُ ، فَلِصَاحِبِ المَالِ التُّسْعَانِ ، وَلِصَاحِبِ النِّصْفِ النِّصْفُ فِي أَحَدٍ^(١٦) الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ مُوَصَّى لَهُ بِهِ ، وَإِنَّمَا مَنَعَهُ أَخْذُهُ فِي^(١٧) حَالِ الإِجَارَةِ لِهَما ، مُزَاحِمَةٌ صَاحِبِهِ ، فَإِذَا زَالَتْ مُزَاحِمَتُهُ ، أَخَذَ جَمِيعَ

(١١) فِي الْأَصْلِ : « أَسْدَاسُهُ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٣ - ١٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ١ .

(١٤) فِي م : « مُفْتَرَقَاتٍ » .

(١٥) فِي م : « إِحْدَى » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

وَصِيَّتِهِ . والثاني ، ليس له إِلَّا الثُّلُثُ الذي كان له في حالِ الإِجَازَةِ لهما ؛ لأنَّ ما زادَ على ذلك إنما كان حَقًّا لِصَاحِبِ المَالِ ، أَخَذَهُ الْوَرَثَةُ مِنْهُ بِالرَّدِّ عَلَيْهِ ، فَيَأْخُذُهُ ^(١٧) الْوَارِثَانِ . وإن أَجَازَا ^(١٨) لِصَاحِبِ الكُلِّ وحده ، فله ثَمَانِيَةُ أَتْسَاعٍ على الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَالتُّسْعُ لِلآخِرِ ، وعلى الْوَجْهِ الثَّانِي ، ليس له إِلَّا الثُّلَاثَانِ اللَّذَانِ كَانَا له في ^(١٩) حالِ الإِجَازَةِ لهما ، وَالتُّسْعَانِ لِلْوَرَثَةِ . فَإِنْ أَجَازَ أَحَدُ الْإِبْنَيْنِ لهما دُونَ الْآخَرِ ، فلا شَيْءَ لِلْمُجِيزِ ، وَلِلآخِرِ الثُّلُثُ ، وَالثُّلَاثَانِ بَيْنَ الْوَصِيَّيْنِ على أَرْبَعَةٍ . وإن أَجَازَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِ المَالِ وحده ، فَلِلآخِرِ التُّسْعُ ، وَلِلأَبْنِ الْآخِرِ الثُّلُثُ ، وَالبَاقِي لِصَاحِبِ المَالِ ، في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وفي الْآخَرِ له أَرْبَعَةُ أَتْسَاعٍ ، وَالتُّسْعُ الْبَاقِي لِلْمُجِيزِ . وإن أَجَازَ لِصَاحِبِ النِّصْفِ وحده ، دَفَعَ إِلَيْهِ نِصْفَ مَا يَتِمُّ بِهِ النِّصْفُ ، وَهُوَ تُسْعُ وَنِصْفُ سُدُسٍ ، في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وفي الْآخَرِ يَدْفَعُ إِلَيْهِ التُّسْعُ ، فَيَصِيرُ لَهُ تُسْعَانِ ، وَلِصَاحِبِ المَالِ تُسْعَانِ ، وَلِلْمُجِيزِ تُسْعَانِ ، وَالثُّلُثُ لِلَّذِي لَمْ يُجِزْ . وَتَصِيحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وعلى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ تَصِيحُّ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، لِلَّذِي لَمْ يُجِزْ اثْنَا عَشَرَ ، وَلِلْمُجِيزِ خَمْسَةَ ، وَلِصَاحِبِ النِّصْفِ أَحَدَ عَشَرَ ، وَلِصَاحِبِ المَالِ ثَمَانِيَةَ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ مَسْأَلَةَ الرَّدِّ مِنْ تِسْعَةٍ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ مِنْهَا سَهْمٌ ، فَلَوْ أَجَازَ لَهُ الْإِبْنَانِ ، كَانَ لَهُ تَمَامُ النِّصْفِ ثَلَاثَةً وَنِصْفًا . فَإِذَا أَجَازَ لَهُ أَحَدُهُمَا ، لَزِمَهُ نِصْفُ ذَلِكَ ، وَهُوَ سَهْمٌ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ سَهْمٍ ، فَيُضْرَبُ مَخْرَجُ الرَّبْعِ فِي تِسْعَةٍ ، يَكُنْ سِتَّةٌ وَثَلَاثِينَ .

٩٦٥ - مسألة : قال : (وَإِذَا أَوْصَى لَوْلَدٍ فَلَا بَنَ ، فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى بِالسُّوِّيَّةِ . وَإِنْ قَالَ : لِبَنِيهِ . فَهُوَ لِلذَّكَوْرِ دُونَ الْإِنَاثِ)

أَمَّا إِذَا أَوْصَى لَوْلَدِهِ ، أَوْ لَوْلَدٍ فَلَا بَنَ ، فَإِنَّهُ لِلذَّكَوْرِ وَالْإِنَاثِ وَالْحَنَائِ . لَا خِلَافَ

(١٧) في م : « فأخذه » .

(١٨) في م : « أَجَازَ » .

(١٩) سقط من : الأصل ، م .

في ذلك ؛ لأنَّ الاسمَ يَشْمَلُ الجَمِيعَ . قال الله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَىٰ ۖ ﴾ ^(١) . وقال تعالى : ﴿ مَا اتَّخَذَ اللَّهُ مِنْ وَلَدٍ ﴾ ^(٢) . نفى ^(٣) الذَّكَرَ وَالْأُنثَى جَمِيعًا ، وإن قال : لِبَنِي ، أَوْ بَنِي فَلَانٍ . فهو لِلذَّكَرِ دونِ الْإِنَاثِ وَالْحَنَاثِي . هذا قولُ الجُمهُورِ . وبه قال الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وقال الحَسَنُ ، وإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : هو لِلذَّكَرِ وَالْأُنثَى جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَوْصَى لِبَنِي فَلَانٍ وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، دَخَلَ فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنثَى . وقال الثَّوْرِيُّ : إن كانوا ذُكُورًا وَإِنَاثًا ، فهو بينهم ، وإن كُنْ / بَنَاتٍ لَا ذَكَرَ مَعَهُنَّ ، فلا شَيْءَ لَهُنَّ ؛ لِأَنَّهُ مَتَى اجْتَمَعَ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ غَلَبَ لَفْظُ التَّذْكِيرِ ، ودَخَلَ فِيهِ الْإِنَاثُ ، كَلَفْظُ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُشْرِكِينَ . ولنا ، أَنَّ لَفْظَ الْبَيْنِ يَحْتَصُّ الذُّكُورَ ، قال الله تعالى : ﴿ أَصْطَفَى الْبَنَاتِ عَلَى الْبَيْنِ ﴾ ^(٤) . وقال تعالى : ﴿ أَمْ اتَّخَذَ مِمَّا يَخْلُقُ بَنَاتٍ وَأَصْفَكُمْ بِالْبَيْنِ ﴾ ^(٥) . وقال : ﴿ زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَيْنِ ﴾ ^(٦) . وقال : ﴿ أَلْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ﴾ ^(٧) . وقد أَخْبَرَ أَنَّهُمْ لَا يَشْتَهُونَ الْبَنَاتِ . فقال : ﴿ وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ الْبَنَاتِ سُبْحَانَهُ وَلَهُمْ مَا يَشْتَهُونَ * وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنثَى ﴾ ^(٨) . الآية . وَإِنَّمَا دَخَلُوا فِي الْأَسْمِ إِذَا صَارُوا قَبِيلَةً ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يُقَلِّ فِيهِمْ عَنِ الْحَقِيقَةِ إِلَى الْعُرْفِ ، ولهذا تقول المرأة : أَنَا مِنْ بَنِي فَلَانٍ . إِذَا انْتَسَبَتْ إِلَى الْقَبِيلَةِ ، وَلَا تقول ذلك إِذَا انْتَسَبَتْ إِلَى أَبِيهَا .

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) سورة المؤمنون ٩١ .

(٣) في ١ ، م : في ٤ .

(٤) سورة الصافات ١٥٣ .

(٥) سورة الزخرف ١٦ .

(٦) سورة آل عمران ١٤ .

(٧) سورة الكهف ٤٦ .

(٨) سورة النحل ٥٧ ، ٥٨ .

فصل : وإن أوصى لبنات فلان ، دَخَلَ فِيهِ الْإِنَاثُ دُونَ غَيْرِهِنَّ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِنَّ الْخُنْثَى الْمُشْكِلُ ؛ لِأَنَّا^(٩) لَا نَعْلَمُ كَوْنَهُ أَثْنَى .

فصل : وإن أوصى لولد فلان ، أو لبنتي فلان . ولم يَكُونُوا قَبِيلَةً ، فَهُوَ يُولَدُ لِصُلْبِهِ ، وَأَمَّا أَوْلَادُ أَوْلَادِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ قَرِينَةٌ تَدْخُلُ عَلَى دُخُولِهِمْ ، مِثْلُ أَنْ يُوصَى لَوْلَدِ فُلَانٍ وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَوْلَادُ أَوْلَادِهِ ، أَوْ قَالَ : وَلَا يُعْطَى وَلَدُ الْبَنَاتِ شَيْئًا . أَوْ قَالَ : إِلَّا وَلَدَ فُلَانٍ . أَوْ فَضَّلُوا وَلَدَ فُلَانٍ عَلَى غَيْرِهِمْ . وَنَحْوُ ذَلِكَ ، دَخَلُوا ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُمْ ، وَالْقَرِينَةُ صَارِفَةٌ لَهُ إِلَيْهِمْ ، فَصَارَ كَالْتَصَرُّيحِ بِهِمْ . وَإِنْ دَلَّتِ الْقَرِينَةُ عَلَى إِخْرَاجِهِمْ ، فَلَا شَيْءَ لَهُمْ . وَإِنْ انْتَفَتِ الْقَرَائِنُ ، لَمْ يَدْخُلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْوَلَدِ حَقِيقَةٌ عِبَارَةٌ عَنْ وَلَدِ الصُّلْبِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ دَخَلُوا فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى ﴾ . قُلْنَا : إِنَّمَا دَخَلُوا فِيهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ ثَمَّ ابْنٌ مِنْ وَلَدِ الصُّلْبِ ، وَدَخَلُوا مَعَ الْإِنَاثِ عَلَى أَنَّهُمْ إِنَّمَا يَرِثُونَ مَا فَضَلَ عَنِ الْبَنَاتِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا تَفْصِيلَهُ فِي الْفَرَائِضِ ، وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ / هَهُنَا ، فَانْتَفَى دُخُولُهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَدْخُلَ وَلَدُ الْبَنِينَ فِي الْوَصِيَّةِ ، إِذَا لَمْ تَكُنْ قَرِينَةٌ تُخْرِجُهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي اسْمِ الْوَلَدِ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ ذَكَرَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، مِنْ الْإِرْثِ وَالْحَجَبِ وَغَيْرِهِ .

٢٠/٦ ظ

فصل : وإن وصى لولد فلان ، أو ببنتي فلان ، وهم قَبِيلَةٌ ، كَبْنِي هَاشِمٍ وَبَنِي تَمِيمٍ ، دَخَلَ فِيهِمُ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى وَالْخُنْثَى ، وَيَدْخُلُ وَلَدُ الرَّجُلِ مَعَهُ ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ بَنَاتِهِمْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ اسْمٌ لِلْقَبِيلَةِ ذَكَرُهَا وَأُنْثَاهَا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾^(١٠) . وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ^(١١) . يُرِيدُ الْجَمِيعَ . وَقَالَ : ﴿ وَلَقَدْ آتَيْنَا بَنِي إِسْرَائِيلَ الْكِتَابَ ﴾^(١٢) . وَرَوَى أَنْ جَوَارِي مِنَ الْأَنْصَارِ قُلْنَ :

(٩) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « لِأَنَّهُ » .

(١٠) سُورَةُ الْأَعْرَافِ ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٥ .

(١١) سُورَةُ الْإِسْرَاءِ ٧٠ .

(١٢) سُورَةُ الْجَاثِيَةِ ١٦ ..

نَحْنُ جَوَارِي مِنْ بَنِي النَّجَارِ يَا حَبِذَا مُحَمَّدٌ مِنْ جَارِ (١٣)

ويقال : امرأة من بني هاشم ، ولا يدخل ولد البنات فيهم ؛ لأنهم لا ينتسبون إلى القبيلة .

فصل : وإن أوصى لأخواته ، فهو للإناث خاصة ، وإن أوصى لإخوته ، دَخَلَ فيه الذَّكَرُ والأنثى جميعاً ؛ لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً ﴾ (١٤) . وقال : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ (١٥) . وأجمع العلماء على حجبها بالذَّكَرِ والأنثى . وإن قال : لعمومته . فالظاهر أنه مثل الإخوة ، يشمل الذَّكَرَ والأنثى ؛ لأنهم إخوة أبيه . وإن قال : لبني إخوته . أولبني عمه . فهو للذكور دون الإناث ، إذا لم يكونوا قبيلةً . والفرق بينهما أن الإخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذَّكَرَ والأنثى سوى هذا اللفظ ، وبنو الإخوة والعم لهم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الأولاد ، فإذا عدل عن اللفظ العام إلى لفظ البنين ، دلَّ على إرادة الذَّكَور ، ولأنَّ لفظ العمومة أشبه بلفظ الإخوة ، ولفظ بني الإخوة والعم يشبه بني فلان ، وقد دللنا عليهما . والحكم في تناول اللفظ للبعيد من العمومة وبني العم والإخوة ، حكم ما ذكرنا في ولد الولد ، مع القرينة وعدمها .

فصل : وألفاظ الجُمُوعِ على أربعة أضرب ؛ أحدها ، ما يشمل الذَّكَرَ والأنثى بوضعه ، كالأولاد والذرية والعالمين وشبهه . / والثاني ، موضوع للذكور ويدخل فيه الإناث إذا اجتمعوا ، (١٦) كلفظ المسلمين (١٦) والمؤمنين والقائمين والصَّابرين والصادقين والذَّميين والمُشْرِكِينَ والفاسقين ونحوه ، وكذلك ضمير المُذَكَّرِ ،

(١٣) انظر : سبل الهدى والرشاد ٣/ ٣٩٠ .

(١٤) سورة النساء ١٧٦ .

(١٥) سورة النساء ١١ .

(١٦- ١٦) (١٦- ١٦) : كالمسلمين .

كالواو في قاموا ، والتاء والييم في قُمْتُمْ ، وهم مُفَرَّدَةٌ وَمَوْصُولَةٌ ، والكاف والييم في لَكُمْ وَعَلَيْكُمْ ، ونحوه . فهذا متى اجْتَمَعَ ^(١٧) الذكور والإناث غُلِبَ ^(١٧) لفظُ التذكير فيه ، ودخل فيه الذكر والأنثى . والثالث ، ضَرَبَ يَخْتَصُّ ^(١٨) الذكور كالبَيْنِ والذكور والرجال والعلمان ، فلا يدخل فيه إلا الذكور . والرابع ، لَفْظُ يَخْتَصُّ ^(١٨) النساء ، كالنساء البنات والمؤمنات والصادقات ، والضمائر الموضوعية لهن ، فلا يتناول غير الإناث .

فصل : وإن وصَّى للأرايل ، فهو للنساء اللاتي فارقهن ^(١٩) أزواجهن بموت أو غيره . قال أحمد ، في رواية حرب ، وقد سئل عن رجل أوصى لأرايل بنى فلان . فقال : قد اختلف الناس فيها ، فقال قوم : هو ^(٢٠) للرجال والنساء . والذي يُعرف في كلام الناس أن الأرايل النساء . وقال الشَّعْبِيُّ ، وإسحاق : هو للرجال والنساء ، وأنشد أحدهما ^(٢١) :

هَذِي الْأَرَامِلُ قَدْ قَضَيْتْ حَاجَتَهَا فَمَنْ لِحَاجَةِ هَذَا الْأَرْمِلِ الذَّكَرِ
وقال آخر ^(٢٢) :

أَحِبُّ أَنْ أَصْطَادَ ضَبًّا سَخْبَلًا ^(٢٢) رَعَى الرَّيْعَ وَالشِّتَاءَ أَرْمَلًا

(١٧ - ١٧) في م : « الذكور وعليه الإناث وغلب » .

(١٨) في أ : « يختص » .

(١٩) في الأصل : « فارقن » .

(٢٠) سقط من : الأصل ، أ .

(٢١) البيت لجبر ، في اللسان (ر م ل) ، وهو أيضا في معجم مقاييس اللغة ٤٤٢/٢ . وليس في ديوان جرير .

(٢٢) الرجز في اللسان ، والتاج ، وعذيب اللغة ٢٠٥/١٥ (ر م ل) و (س ح ب ل) . والأول منه في اللسان والتاج (ر ب ل) .

وفي م : « ظيبا سخبلا » . والسجل من الضباب : الضخم .

ولنا ، أن المعروف في كلام الناس أنه النساء ، فلا يُحمَلُ لفظُ الموصى إلا عليه ،
ولأن الأراِمِلَ جَمْعُ أَرْمَلَةٍ ، فلا يكونُ جَمْعاً للمذكّر ؛ لأن ما يَخْتَلِفُ لفظُ الذكّرِ
والأنثى في واحدِه^(٢٣) يَخْتَلِفُ في جَمْعِهِ ، وقد أنكر ابنُ الأَثيرِ على قائلِ القولِ
الآخر ، وخطأه فيه ، والشعرُ الذي احتجَّ به حجةٌ عليه ، فإنه لو كان لفظُ الأراِمِلَ
يَشْمَلُ الذكْرَ والأنثى ، لقال : « حاجتُهُم » إذ لا خِلافَ بين أهلِ اللسانِ في أن اللفظَ
متى كان للذكّر^(٢٤) والأنثى ، ثم رُدُّ عليه ضَمِيرٌ ، غُلِبَ فيه لفظُ التذكيرِ / وضَمِيرُهُ ،
فلما رُدُّ الضَمِيرُ على الإناثِ ، عُلِمَ أنه موضوعٌ هُنَّ على الانفِرَادِ ، وسميَ نفسه أَرْمَلًا
تَجَوُّزًا وتشبيهاً بهنَّ ، ولذلك وَصَفَ نفسه بأنه ذكّرٌ ، ويدُلُّ على إرادةِ المجازِ أن
اللفظَ عند إطلاقه لا يُفْهَمُ منه إلا النساءُ ، ولا يُسمَّى به في العَرَفِ غَيْرُهُنَّ ، وهذا دليلٌ
على أنه لم يوضعَ لغيرِهِنَّ ، ثم لو بُنِيَ أنه في الحقيقةِ للرجالِ والنساءِ لكان قد خَصَّ به
أهلُ العَرَفِ النساءُ ، وهَجَرَتْ به^(٢٥) الحقيقةُ حتى صارت مغمورةً ، لا تُفْهَمُ من
لفظِ المُتَكَلِّمِ ، ولا يَتَعَلَّقُ بها حُكْمُ كسائرِ الألفاظِ العرفيةِ .

٢١/٦ ظ

فصل : فأما لفظُ^(٢٦) الأَيَّامِ ، فهو كالأراِمِلَ ،^(٢٧) إلا أنه^(٢٨) لكلِّ امرأةٍ لا زَوْجٍ
لها ، قال الله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَّامَ مِنْكُمْ ﴾^(٢٩) . وفي بعضِ الحديثِ :
« أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ بَوَارِ الْأَيِّمِ »^(٣٠) . وقال أصحابنا : هو للرجالِ والنساءِ الذين لا
أزواجَ لهم ، لما رَوَى عن سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ قال : آمَتْ حَفْصَةُ بِنْتُ عَمْرِو بْنِ زَوْجِهَا ،
وَأَمَّ عَثْمَانُ مِنْ رُقِيَّةَ . وقال الشاعرُ^(٣١) :

(٢٣) في م : « واحد » .

(٢٤) في م : « الذكر » .

(٢٥) سقط من : الأصل .

(٢٦) في م : « لفظه » .

(٢٧ - ٢٨) في م : « لأنه » .

(٢٩) سورة النور ٣٢ .

(٣٠) انظر : النهاية في غريب الحديث ١/١٦٦ .

(٣١) البيت في اللسان والتاج (أ م) .

فَإِنْ تَنكِحِي أَكْبَحَ وَإِنْ تَتَأَيَّمِي وَإِنْ كُنْتُ أَقْنَى مِنْكُمْ أَكْأَيَّمُ^(٣١)

ولنا ، أن العَرَفَ يَخْصُ النِّسَاءَ بهذا الاسم ، والحُكْمُ للاسْمِ العَرَفِيِّ . وقول النبي ﷺ : « أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ بَوَارِ الْأَيِّمِ » . إنما أَرَادَ به المَرْأَةَ ، فَإِنَّهَا الَّتِي تُوصَفُ بهذا ، وَيَضُرُّ بَوَارُهَا .

فصل : والعَرَبُ هم الذين لا أزواج لهم من الرِّجَالِ والنِّسَاءِ ، يقال : رَجُلٌ عَزَبٌ ، وامرأة عَزَبَةٌ . وإنما سُمِّيَ عَزَبًا لِانْفِرَادِهِ ، وكلُّ شَيْءٍ انْفَرَدَ فَهُوَ عَزَبٌ ، قال ذو الرُّمَّةِ يَصِفُ ثَوْرًا مِنَ الْوَحْشِ انْفَرَدَ^(٣٢) :

يَجْلُو الْبَوَارِقُ عَنْ مُجْرَمٍ لَهَقَ كَأَنَّهُ مُتَقَبَّى يَلْمِقُ عَزَبٌ^(٣٣)

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ الْعَزَبُ بِالرَّجُلِ^(٣٤) ؛ لِأَنَّهُ فِي الْعَرَفِ كَذَلِكَ ، وَالثَّيْبُ وَالْبِكْرُ يَشْتَرِكُ فِيهِ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ . قال النبي ﷺ : « الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ ، جِلْدُ مَائَةٍ ، وَنَفْيُ سَنَةٍ ، وَالثَّيْبُ بِالثَّيْبِ ، الْجِلْدُ وَالرَّجْمُ »^(٣٥) . وَالْعَانِسُ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ : الَّذِي كَبِرَ وَلَمْ يَتَزَوَّجَ . قال قَيْسُ بْنُ رِفَاعَةَ الْوَاقِفِيُّ^(٣٦) :

(٣١) عجز البيت في اللسان : « يدا الدهر ما لم تنكحي أتأيم » . وفي التاج : « أبد الدهر » .

(٣٢) البيت لذى الرمة . ديوانه ٨٧/١ .

(٣٣) في م : « عن مجملزلق كأنه متقبى » . ومجرمز : ثور قد انقبض واجتمع بعضه إلى بعض . ولحق : أبيض . ومتقبى : لا يس قباء . وعزب : وحده .

(٣٤) في م : « بالرجال » .

(٣٥) أخرجه مسلم ، في : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ١٣١٦/٣ ، ١٣١٧ . وأبو داود ، في : باب في الرجم ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٤٥٥/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجم على الثيب ، من كتاب الحدود . عارضة الأحوذى ٢١٠/٦ . وابن ماجه ، في : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٨٥٢/٢ ، ٨٥٣ . والدارمي ، في : باب في تفسير قول الله تعالى ﴿ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴾ ، من كتاب الحدود . سنن الدارمي ١٨١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٧٦/٣ ، ٣١٣/٥ ، ٣١٧ ، ٣١٨ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٣٢٢ .

(٣٦) اللسان والتاج (ع ن س) .

/ فِينَا الَّذِي مَا عَدَا أَنْ طَرَّ شَارِبُهُ وَالْعَانِسُونَ وَفِينَا الْمُرْدُ وَالشَّيْبُ (٣٧) ٢٢/٦ و

وَالْكُهُولُ : الَّذِينَ جَازُوا الثَّلَاثِينَ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَيُكَلِّمُ النَّاسَ فِي الْمَهْدِ وَكَهْلًا ﴾ (٣٨) . قَالَ الْمُفَسِّرُونَ : ابْنُ ثَلَاثِينَ سَنَةً (٣٩) . مَا أَخُوذُ مِنْ قَوْلِهِمْ : اِكْتَهَلَ النَّبَاتُ ، إِذَا تَمَّ وَقَوَى . ثُمَّ لَا يَزَالُ كَهْلًا حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسِينَ ، ثُمَّ يَشِيخُ ، ثُمَّ لَا يَزَالُ شَيْخًا حَتَّى يَمُوتَ .

فصل : وَإِذَا أَوْصَى لَجَمَاعَةٍ لَا يُمَكِّنُ حَصْرُهُمْ وَاسْتِيعَابُهُمْ ، كَالْقَبِيلَةِ الْعَظِيمَةِ ، وَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، صَحَّ ، وَأَجْزَأُ الدَّفْعُ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، إِلَّا أَنَّهُ قَالَ : يُدْفَعُ إِلَى ثَلَاثَةٍ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّهُ أَقْلُ الْجَمْعِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِلْقَبِيلَةِ الَّتِي لَا يُمَكِّنُ حَصْرُهَا ؛ لِأَنَّهَا يَدْخُلُ فِيهَا الْأَغْنِيَاءُ وَالْفُقَرَاءُ ، وَإِذَا وَقَعَتْ لِلْأَغْنِيَاءِ لَمْ تَكُنْ قُرْبَةً ، وَإِنَّمَا تَكُونُ حَقًّا لَادِمِيٍّ ، وَحُقُوقُ الْأَدَمِيِّينَ إِذَا دَخَلَتْ فِيهَا الْجَهَالَةُ لَمْ تَصِحَّ ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَ لِمَجْهُولٍ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَصِيَّةٍ صَحَّتْ لَجَمَاعَةٍ مَحْصُورَةٍ (٤٠) ، صَحَّتْ لَهُمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا مَحْصُورِينَ كَالْفُقَرَاءِ . وَمَا ذَكَرُوهُ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْأَغْنِيَاءِ قُرْبَةً ، وَقَدْ نَدَبَ النَّبِيُّ ﷺ إِلَى الْهَدْيَةِ وَإِنْ كَانَتْ لِعَيْنِي . وَأَمَّا جَوَازُ الدَّفْعِ إِلَى وَاحِدٍ ، فَمَبْنِيٌّ عَلَى الدَّفْعِ فِي الزَّكَاةِ (٤١) ، وَقَدْ مَضَى الْكَلَامُ فِيهِ هُنَاكَ .

٩٦٦ - مسألة ؛ قَالَ : (وَالْوَصِيَّةُ بِالْحَمْلِ وَلِلْحَمْلِ جَائِزَةٌ ، إِذَا أَثْبَتَ بِهِ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ تَكَلَّمَ بِالْوَصِيَّةِ)

أَمَّا الْوَصِيَّةُ بِالْحَمْلِ فَتَصِحُّ إِذَا كَانَ مَمْلُوكًا ، بَأَنْ يَكُونَ رَقِيقًا ، أَوْ حَمْلًا بِهَيْمَةٍ

(٣٧) فِي م : « الَّذِي هُوَ مَا إِنْ » .

(٣٨) سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ ٤٦ .

(٣٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب ، م .

(٤٠) فِي م : « عَصُورِينَ » .

(٤١) فِي إِزْيَادَةٍ : « مِنَ الزَّكَاةِ » .

مَمْلُوكَةٍ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَرَرَ وَالْحَطَرَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ ، فَجَرَى مَجْرَى إِغْتِنَاقِ الْحَمْلِ ، فَإِنْ انفَصَلَ مَيِّتًا ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ، وَإِنْ انفَصَلَ حَيًّا ، وَعَلِمْنَا وَجُودَهُ حَالِ الْوَصِيَّةِ ، أَوْ حَكَمْنَا بِوُجُودِهِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، لَمْ تَصِحْ ؛ لِجَوَازِ حَدُوثِهِ . وَلَوْ قَالَ : أَوْصَيْتُ لَكَ بِمَا تَحْمِلُ جَارِيَتِي هَذِهِ ، أَوْ نَاقَتِي هَذِهِ ، / أَوْ تَحْلِيَّتِي هَذِهِ . جَازَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ صِحَّتِهَا مَعَ الْعَرَرِ . وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ ، فَصَحِيحَةٌ أَيْضًا ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَبِذَلِكَ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ جَرَتْ مَجْرَى الْمِيرَاثِ ، مِنْ حَيْثُ كَوْنُهَا انْتِقَالَ الْمَالِ مِنَ الْإِنْسَانِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، إِلَى الْمُوصَى لَهُ ، بِغَيْرِ عَوَضٍ ، كَانْتِقَالِهِ إِلَى وَارِثِهِ ، وَقَدْ سَمَّى اللَّهُ تَعَالَى الْمِيرَاثَ وَصِيَّةً ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾ (١) . وَقَالَ سُبْحَانَهُ : ﴿ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرًا مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ ﴾ (٢) . وَالْحَمْلُ يَرِثُ ، فَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أَوْسَعُ مِنَ الْمِيرَاثِ ، فَإِنَّهَا تَصِحُّ لِلْمُخَالِفِ فِي الدِّينِ وَالْعَبْدِ ، بِخِلَافِ الْمِيرَاثِ ، فَإِذَا وَرِثَ الْحَمْلُ ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَتَعَلَّقُ بِحَظَرٍ وَغَيْرٍ ، فَتَصِحُّ لِلْحَمْلِ ، كَالْعِتْقِ . فَإِنْ انفَصَلَ الْحَمْلُ مَيِّتًا ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرِثُ ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ حَيًّا حِينَ الْوَصِيَّةِ ، فَلَا تُثَبِّتُ لَهُ الْوَصِيَّةُ وَالْمِيرَاثُ بِالشُّكِّ . وَسَوَاءٌ مَاتَ لِعَارِضٍ ، مِنْ ضَرْبِ الْبَطْنِ ، أَوْ ضَرْبِ (٣) دَوَاءٍ ، أَوْ غَيْرِهِ ؛ لِمَا بَيَّنَّا مِنْ أَنَّهُ لَا يَرِثُ . وَإِنْ وَضَعْتُهُ حَيًّا ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، إِذَا حَكَمْنَا بِوُجُودِهِ حَالِ الْوَصِيَّةِ . نَقَلَ الْخِرَقِيُّ ، إِذَا أَثَبْتُ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ . وَلَيْسَ ذَلِكَ شَرْطًا فِي كُلِّ حَالٍ ، لَكِنْ إِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ فَرَّاشًا لِرَّوْجٍ أَوْ سَيِّدٍ يَطْوُهَا ، فَأَثَبْتُ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَمَا دُونَ ، عَلِمْنَا وَجُودَهُ حِينَ الْوَصِيَّةِ ، وَإِنْ أَثَبْتُ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْهَا ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ؛

ظ ٢٢/٦

(١) سورة النساء ١١

(٢) سورة النساء ١٢

(٣) ف م : ضرب ٤

لا احتمال خُدوئه بعد الوصية . وإن كانت بائنا ، فأتت به لأكثر من أربع سنين من حين
الفرقة ، وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية ، لم تصح الوصية له ، وإن أتت به لأقل
من ذلك ، صححت الوصية له ؛ لأن الولد يعلم وجوده إذا كان لستة أشهر ، ويحكم
بوجوده إذا أتت به لأقل من أربع سنين من حين الفرقة . وهذا مذهب الشافعي . وإن
وصى لحمل امرأة / من زوجها أو سيدها ، صححت الوصية له ، مع اشتراط إلحاقه به ،
وإن كان متفياً^(٤) باللعان ، أو دغوى الاستبراء ، لم تصح الوصية له ؛ لعدم نسبه
المشترط^(٥) في الوصية ، فأما إن كانت المرأة قرآناً لزوج أو سيد ، إلا أنه لا
يطؤها ؛ لكونه غائباً في بلد بعيد ، أو مريضاً مريضاً يمنع الوطاء ، أو كان أسيراً أو
محبوساً ، أو علم الورثة أنه لم يطأها وأقروا^(٦) بذلك ، فإن أصحابنا لم يفرقوا بين هذه
الصور وبين ما إذا كان يطؤها ؛ لأنهما لم يفرقا في لحوق النسب بالزوج والسيد ،
فكانت في حكم من يطؤها . ويحتمل أنه متى أتت به في هذه الحال ، لوقت يغلب
على الظن أنه كان موجوداً حال الوصية ، مثل أن تضعه لأقل من غالب مدة الحمل ،
أو تكون أمارات الحمل ظاهرة ، أو أتت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجوداً
بأمارات الحمل ، بحيث يحكم لها بكونها حاملاً ، صححت الوصية له ؛ لأنه يثبت له
أحكام الحمل في^(٧) غير هذا الحكم ، وقد انتفت أسباب خُدوئه ظاهراً ، فينبغي أن
ثبت له الوصية ، والحكم بإلحاقه بالزوج والسيد في هذه الصور إنما كان احتياطاً
للسبب ، فإنه يلحق بمجرد الاحتمال وإن كان بعيداً ، ولا يلزم من إثبات النسب^(٨)
بمطلق الاحتمال ، نفى استحقاق الوصية ، فإنه لا يخطأ لإبطال الوصية ، كما يخطأ
لإثبات النسب^(٩) ، فلا يلزم إلحاق ما لا يخطأ له بما يخطأ له^(٩) مع ظهور ما يثبت
ويصححه .

(٤) في م : متفياً .

(٥) في م : المشروط .

(٦) في الأصل : أو أقروا .

(٧) في م : من .

(٨) في م : السبب .

(٩) سقط من : م .

فصل : وإن وصَّى بالحملِ المَوجودِ ، اعتَبِرَ وجودُهُ كما^(١٠) في حملِ الأُمّةِ بما يُعتَبَرُ وجودُ الحملِ الموصى له . وإن كان حملٌ بهيميةٌ ، اعتَبِرَ وجودُهُ بما يُثَبَّتُ به وجودُهُ في سائرِ الأحكامِ .

فصل : وإذا أوصى لما تحمِلُ هذه المرأةُ ، لم يصحَّ . وقال بعضُ أصحابِ الشافعي : يصحُّ ، كما تصحُّ الوصيةُ بما تحمِلُ هذه الجاريةُ . ولنا ، أنَّ الوصيةَ تَمْلِكُ ، فلا تصحُّ للمَعْدُومِ ، بخلافِ / الموصى به ، فإنه يُمْلِكُ ، فلم يُعتَبَرِ وجودُهُ ، ولأنَّ الوصيةَ أُجْرِيتْ مُجَرى الميراثِ ، ولو ماتَ إنسانٌ لم يرَتهُ من الحملِ إلَّا مَنْ كان موجودًا ، كذلك الوصيةُ . ولو تَجَدَّدَ لِلْمَيِّتِ مالٌ بعد موته ، بأن يَسْقُطَ في شَبَكَةِ صَيِّدٍ ، لَوَرِثَهُ وَرَثَتُهُ ، ولذلك قَضَيْنَا بِثبُوتِ الْإِرْثِ فِي دِيَّتِهِ ، وهى تَتَحَدَّدُ بعد موته ، فجازَ أَنْ تُمْلِكَ بالوصيةِ . فإن قيل : فلو وَقَفَ على مَنْ يَحْدُثُ مِنْ وَلَدِهِ أو وَلَدِ فُلَانٍ صَحَّ ، فالوصيةُ أَوْلَى ؛ لأنها تصحُّ بالمَعْدُومِ والمَجْهُولِ ، بخلافِ الوقفِ . قلنا : الوصيةُ أُجْرِيتْ مُجَرى الميراثِ ، ولا يَحْصُلُ الميراثُ إلَّا لِمَوْجُودٍ ، فكذا الوصيةُ ، والوقفُ يُرَادُ لِلدَّوامِ ، فمن ضَرُورَتِهِ إثباتُهُ لِلْمَعْدُومِ .

ظ ٢٣/٦

فصل : وإذا أوصى لحَمَلِ امرأةٍ ، فَوَلَدَتْ ذَكَرًا أو أنثى ، فالوصيةُ لهما بالسَّوِيَّةِ ؛ لأنَّ ذلك عَطِيَّةٌ وَهَبَةٌ ، فأشْبَهَ ما لو وَهَبَهُما شَيْئًا بعدَ ولادَتِهِما . وإن فاضَلَ بينهما ، فهو على ما قال ، كالوقفِ . وإن قال : إن كان في بَطْنِها غُلَامٌ فله دِينَارَانِ ، وإن كان فيه جاريةٌ فلها دِينَارٌ . فَوَلَدَتْ غُلَامًا وَجاريةً ، فلكلِّ واحدٍ منهما ما وصَّى له به ؛ لأنَّ الشَّرْطَ وَجَدَ فيه . وإن وَلَدَتْ أَحَدَهُما مُتَفَرِّدًا ، فله وصيتهُ . ولو قال : إن كان حَمَلُها ، أو إن كان ما في بَطْنِها غُلَامًا ، فله دِينَارَانِ ، وإن كانت جاريةً فلها دِينَارٌ . فَوَلَدَتْ أَحَدَهُما مُتَفَرِّدًا ، فله وصيتهُ . وإن وَلَدَتْ غُلَامًا وَجاريةً ، فلا شىءَ لهما ؛ لأنَّ

(١٠) سقط من : ١ ، م .

أَحَدُهُمَا لَيْسَ هُوَ جَمِيعُ الْحَمْلِ . وَلَا كُلُّ مَا فِي الْبَطْنِ . وَبِهَذَا قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى بِشَجَرَةٍ ، أَوْ بُسْتَانٍ ، أَوْ غَلَّةٍ دَارٍ ، أَوْ خِدْمَةِ عَبْدٍ ، صَحَّ ، سِوَاءَ وَصَّيْ بِذَلِكَ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، أَوْ بِجَمِيعِ الشَّجَرَةِ وَالْمَنْفَعَةِ فِي الزَّمَانِ كُلِّهِ . هَذَا قَوْلُ الْجُمْهُورِ ، مِنْهُمْ ؛ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ ؛ لِأَنَّهَا / مَعْدُومَةٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ تَمْلِيكُهَا بِعَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ ، فَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهَا ، كَالْأَعْيَانِ . وَيُعْتَبَرُ خُرُوجُ ذَلِكَ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي سُكْنَى الدَّارِ . وَهُوَ قَوْلُ كُلِّ مَنْ قَالَ بِصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ بِهَا . فَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ ، أُجِيزَ مِنْهَا بِقَدْرِ الثُّلْثِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِذَا أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ ^(١١) سَنَةً ، فَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ ، فَالْوَرَثَةُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ تَسْلِيمِ خِدْمَتِهِ سَنَةً ، وَبَيْنَ تَسْلِيمِ ثُلْثِ الْمَالِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : إِذَا أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ سَنَةً ، فَإِنَّ الْعَبْدَ يَخْدُمُ الْمُوصِيَّ لَهُ يَوْمًا وَالْوَرَثَةَ يَوْمَيْنِ ، حَتَّى يَسْتَكْمِلَ الْمُوصِيَّ لَهُ سَنَةً ، فَإِنْ أَرَادَ الْوَرَثَةُ بَيْعَ الْعَبْدِ ، يَبِعُ عَلَى هَذَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَصِيَّةٌ صَحِيحَةٌ ، فَوَجَبَ تَنْفِيذُهَا عَلَى صِفَتِهَا إِنْ خَرَجَتْ مِنَ الثُّلْثِ ، أَوْ بِقَدْرِ مَا يَخْرُجُ ^(١٢) مِنَ الثُّلْثِ مِنْهَا ، كَسَائِرِ الْوَصَايَا ، أَوْ كَالْأَعْيَانِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَمَتَى أُرِيدَ تَقْوِيمُهَا ، فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ مُقَيَّدَةً بِمُدَّةٍ ، فَيَوْمَ الْمُوصِيَّ بِمَنْفَعَتِهِ مَسْلُوبَ الْمَنْفَعَةِ تِلْكَ الْمُدَّةِ ، ثُمَّ تَقُومُ الْمَنْفَعَةُ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ ، فَيَنْظَرُ ؛ كَمْ قِيمَتُهَا . وَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ مُطْلَقَةً فِي الزَّمَانِ كُلِّهِ ، فَقَدْ قِيلَ : تَقُومُ الرِّقَبَةُ بِمَنْفَعَتِهَا جَمِيعًا ، وَيُعْتَبَرُ خُرُوجُهَا ^(١٣) مِنَ الثُّلْثِ ؛ لِأَنَّ عَبْدًا لَا مَنَفَعَةَ لَهُ ، وَشَجَرًا لَا ثَمَرَ لَهُ ، لَا قِيمَةَ لَهُ غَالِبًا . وَقِيلَ : تَقُومُ الرِّقَبَةُ عَلَى الْوَرَثَةِ ، وَالْمَنْفَعَةُ عَلَى الْمُوصِيَّ لَهُ . وَصِفَةُ ذَلِكَ أَنَّ يَقُومَ الْعَبْدُ

(١١) فِي ١ : عَبْدٌ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : خَرَجَ .

(١٣) فِي ١ ، م : خَرُوجُهَا .

بِمَنْفَعَتِهِ ، فَإِذَا قِيلَ : قِيمَتُهُ مِائَةٌ . قِيلَ : كَمْ قِيمَتُهُ لَا مَنَفْعَةَ فِيهِ ؟ فَإِذَا قِيلَ : عَشْرَةٌ . عَلِمْنَا أَنَّ قِيمَةَ الْمَنَفْعَةِ تَسْعُونَ .

فصل : وَإِنْ أَرَادَ الْمُوصِي لَهُ إِجَارَةَ الْعَبْدِ أَوْ الدَّارِ ، فِي الْمُدَّةِ الَّتِي أَوْصَى لَهُ بِنَفْعِهَا ، ^(١٤) جَازَ . وَبِهِ قَالَ ^(١٤) الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجُوزُ إِجَارَةُ الْمَنَفْعَةِ الْمُسْتَحَقَّةِ بِالْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَوْصَى لَهُ بِاسْتِيفَائِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَنَفْعَةٌ يَمْلِكُهَا مِلْكًا تَامًا ، فَمَلَكَ أَخَذَ الْعَوَضَ عَنْهَا بِالْأَعْيَانِ ، كَالْوَمْلِكِهَا بِالْإِجَارَةِ . / وَإِنْ أَرَادَ الْمُوصِي لَهُ إِخْرَاجَ الْعَبْدِ عَنِ الْبَلَدِ ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا يُخْرِجُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَهْلُهُ فِي غَيْرِ الْبَلَدِ ، فَيُخْرِجُهُ إِلَى أَهْلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَالِكٌ لِنَفْعِهِ ، فَمَلَكَ إِخْرَاجَهُ ، كَالْمُسْتَأْجِرِ .

ظ ٢٤/٦

فصل : وَإِذَا أَوْصَى لَهُ بِشَجَرَةٍ شَجَرَةً مُدَّةً ، أَوْ بِمَا يُثْمِرُ أَبَدًا ، لَمْ يَمْلِكْ وَاحِدٌ مِنَ الْمُوصَى لَهُ وَالْوَارِثُ ^(١٥) إِجْبَارَ الْآخَرِ عَلَى سَقْيِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى سَقْيِ مِلْكِهِ ، وَلَا سَقْيِ مِلْكٍ غَيْرِهِ . وَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا سَقْيَهَا عَلَى وَجْهِ لَا يَضُرُّ بِصَاحِبِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْآخَرُ مَنَعَهُ . وَإِذَا يَسَسَتِ الشَّجَرَةُ ، كَانَ حَظُّهَا لِلْوَارِثِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثَمَرِهَا سَنَةً بَعَيْنِهَا ، فَلَمْ تَحْمَلْ تِلْكَ السَّنَةَ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمُوصَى لَهُ . وَإِنْ قَالَ : لَكَ ثَمَرُهَا أَوَّلَ عَامٍ تُثْمِرُ . صَحَّ ، وَلَهُ ثَمَرُهَا أَوَّلَ عَامٍ تُثْمِرُ . وَكَذَلِكَ إِذَا أَوْصَى لَهُ بِمَا تَحْمِلُ جَارِيَّتُهُ أَوْ شَاتِئُهُ . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِشَجَرَةٍ ، وَلَا آخَرَ بِثَمَرِهَا ، صَحَّ ، وَكَانَ صَاحِبُ الرِّقَةِ قَائِمًا مَقَامَ الْوَارِثِ ، وَلَهُ مَالُهُ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِلَبَنِ شَاةٍ وَصُوفِهَا ، صَحَّ ، كَأَنَّهُ صَحَّ الْوَصِيَّةُ بِشَجَرَةِ الشَّجَرَةِ . وَإِنْ وَصَّى بِلَبَنِهَا خَاصَّةً ، أَوْ صُوفِهَا خَاصَّةً ، صَحَّ ، وَيُقَوِّمُ الْمُوصَى بِهِ دُونَ الْعَيْنِ .

فصل : فَأَمَّا نَفَقَةُ الْعَبْدِ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ ، وَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ الْمُوصَى بِنَفْعِهَا ،

(١٤ - ١٤) فِي ١ : « فَلَهُ ذَلِكَ . وَبِهَذَا قَالَ » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « وَلِلْوَارِثِ » .

فَيَحْتَمِلُ أَنْ تَجِبَ عَلَى صَاحِبِ الرِّقَبَةِ . هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ مَذْهَبًا
لِأَحْمَدَ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ عَلَى الرِّقَبَةِ ، فَكَانَتْ
عَلَى صَاحِبِهَا ، كَالْعَبْدِ الْمُسْتَأْجَرِ ، وَكَأَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ^(١٦) مَنَفَعَةٌ . قَالَ الشَّرِيفُ : وَلِأَنَّ
الْفِطْرَةَ تَلْزُمُهُ ، وَالْفِطْرَةُ تَتَّبِعُ النَّفَقَةَ ، وَوُجُوبُ التَّابِعِ عَلَى إِنْسَانٍ دَلِيلٌ عَلَى وَجُوبِ
الْمَتَّبُوعِ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ ^(١٧) عَلَى صَاحِبِ ^(١٨) الْمَنَفَعَةِ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ
الرَّأْيِ ، وَالْإِصْطَخَرِيِّ ^(١٩) ، وَهُوَ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ نَفْعَهُ عَلَى التَّائِيدِ ،
فَكَانَتْ النَّفَقَةُ عَلَيْهِ ، كَالزَّوْجِ ، وَلِأَنَّ نَفْعَهُ لَهُ ، فَكَانَ عَلَيْهِ ضَرُّهُ ، كَمَا لَكَ لَهَا
جَمِيعًا ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ إِيْجَابَ النَّفَقَةِ عَلَى مَنْ لَا نَفْعَ لَهُ ضَرَرٌ مُجَرَّدٌ ، فَيَصِيرُ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ :
أَوْصَيْتُ / لَكَ بِنَفْعِ عَبْدِي ، وَأَبْقَيْتُ عَلَى وَرَثَتِي ضَرُّهُ . وَإِنْ وَصَّى بِنَفْعِهِ لِإِنْسَانٍ ،
وَلَا خَرَ بَرَقِيَّتِهِ ، كَانَ مَعْنَاهُ : أَوْصَيْتُ لِهَذَا بِنَفْعِهِ ، وَلِهَذَا بَضَرُّهُ . وَالشَّرْعُ يَنْهَى هَذَا
بِقَوْلِهِ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ » ^(٢٠) . وَلِذَلِكَ جَعَلَ الْخَرَجَ بِالضَّمَّانِ ، لِيَكُونَ ضَرُّهُ
عَلَى مَنْ لَهُ نَفْعُهُ . وَفَارَقَ الْمُسْتَأْجَرَ ، فَإِنَّ نَفْعَهُ فِي الْحَقِيقَةِ لِلْمُؤْجَرِ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ الْأَجْرَ
عَوَضًا عَنْ مَنَافِعِهِ . وَقِيلَ : تَجِبُ نَفَقَتُهُ فِي كَسْبِهِ . وَهَذَا رَاجِعٌ إِلَى إِيْجَابِهَا عَلَى صَاحِبِ
الْمَنَفَعَةِ ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ مِنْ مَنَافِعِهِ ، فَإِذَا صُرِفَ فِي نَفَقَتِهِ ، فَقَدْ صُرِفَ ^(٢١) الْمَنَفَعَةُ
الْمَوْصَى بِهَا إِلَى النَّفَقَةِ ، فَصَارَ كَأَلَوْ صُرِفَ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ سِوَاهُ .

فصل : وَإِذَا عَتَقَ الْوَرَثَةُ الْعَبْدَ ، عَتَقَ ، وَمَنَفَعَتُهُ بَاقِيَةٌ لِلْمَوْصَى لَهُ بِهَا ، وَلَا يَرْجِعُ
عَلَى الْمُعْتَقِ بِشَيْءٍ . وَإِنْ أَعْتَقَهُ صَاحِبُ الْمَنَفَعَةِ ، لَمْ يَعْتَقْ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لِلرِّقَبَةِ ، وَهُوَ
لَا يَمْلِكُهَا . وَإِنْ وَهَبَ صَاحِبُ الْمَنَفَعَةِ مَنَافِعَهُ لِلْعَبْدِ ، وَأَسْقَطَهَا عَنْهُ ، فَلِلْوَرَثَةِ الْإِثْتِفَاعُ

(١٦) سقط من : م .

(١٧ - ١٨) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(١٨) أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد الإصطخري الشافعي ، قاضي قم ، وأحد الرفقاء من أصحاب الرُّجُوه .

توفي سنة ثلاث وعشرين وثلاثمائة ببغداد . طبقات الشافعية الكبرى ٣ / ٢٣٠ - ٢٥٣ .

(١٩) في الأصل ، ١ : « لإضرار » . وتقدم تخريجها في : ١٤٠ / ٤ .

(٢٠) في ١ ، م : « صرف » .

به ؛ لأن ما يوهب للعبد يكون لسيده . وإن أراد صاحب الرقبة بيع العبد ، فله ذلك ، ويباح مَسْلُوبُ المنفعة ، ويقوم المشتري مقام البائع ، فيما له وعليه . وقيل : لا يجوز بيعه ^(٢١) من مالِك منفعته دون ^(٢٢) غيره ^(٢٣) ؛ لأن ما لا منفعة فيه ، لا يصح بيعه ، كالحشرات والميتات . وقيل : يجوز بيعه من مالِك منفعته دون غيره ؛ لأن مالِك منفعته يجتمع له الرقبة والمنفعة ، فينتفع بذلك ، بخلاف غيره ، ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره ، وكذلك بيع الزرع لصاحب الأرض . ولنا ، أنه عبد مملوك ، تصح الوصية به ، فصَحَّ بيعه كغيره ، ولأنه يمكنه إعتاقه وتحصيل ولائه ، وجروا لاء من ينجر ولاؤه بعته ، بخلاف الحشرات . وإن وصى لرجل برقبة عبد ، ولاخر بنفعه ، صح ، وقام / الموصى له بالرقبة مقام الوارث فيما ذكرنا . وبهذا قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي .

ظ ٢٥/٦

فصل : وإذا أوصى لرجل بمنفعة أمته ، فأتى بولد من زوج أو زنى ، فهو مملوك ، حكمه حكم أمه ؛ لأن الولد يتبع الأم في حكمها ، كولد المكاتب والمُدَبَّرَة . ويحتمل أن يكون لمالك الرقبة ؛ لأن ذلك ليس من النفع الموصى به . ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها . وإن وطئت بشبهة ، وجب ^(٢٤) المهر على الواطئ لصاحب المنفعة عند أصحابنا ، وعندي أنه لصاحب الرقبة ؛ لأن منافع البضع لا تصح الوصية بها منفردة ^(٢٥) ، ولا مع غيرها ، ولا يجوز نقلها مفردة عن الرقبة بغير التزويج ، وإنما هي تابعة للرقبة ، فتكون لصاحبها ، ولا يستحق صاحب المنفعة أخذ بدلها ، إن أتى بولد ، فهو حر ، وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة ، في أحد الوجهين ، وفي الآخر ، يشتري بها عبد يقوم مقامه ، وليس للوارث ولا لصاحب المنفعة ، وطؤها ؛ لأن صاحب المنفعة لا يملك رقبتها ، ولا هو زوج لها ، ولا يباح الوطء

(٢١) - (٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٢) في ١ : « ولا » .

(٢٣) في م : « فأوجب » .

(٢٤) في الأصل : « مفردة » .

بغيرهما ، لقول الله عزَّ وجلَّ : ﴿ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ (٢٥) .
 وصاحبُ الرِّقَةِ لا يَمْلِكُهَا مِلْكًا تَامًا ، ولا يَأْمَنُ أَنْ تُحْبَلَ مِنْهُ ، فربَّما أَفْضَى إِلَى
 إِهْلَاكِهَا ، وإِيَّهَما وَطِئَهَا فلا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ بِشَبْهَةٍ ؛ لِوُجُودِ الْمِلْكِ لِكُلِّ وَاحِدٍ
 مِنْهُمَا فِيهَا ، وَلَدَهُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ (٢٦) وَطِئَ شَبْهَةٍ . فَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ مَالِكُ الْمَنْفَعَةِ ،
 لَمْ تَصِرْ أُمُّ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا ، وَعَلَيْهِ قِيمَةٌ وَلَدُهَا يَوْمَ وَضْعِهِ ، وَحُكْمُهَا عَلَى مَا
 ذَكَرْنَا فِيهَا إِذَا وَطِئَهَا غَيْرُهُمَا بِشَبْهَةٍ . وَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ مَالِكُ الرِّقَةِ ، صَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ
 لَهُ ؛ لِأَنَّهَا عُلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ ، وَفِي وَجُوبِ قِيمَتِهِ عَلَيْهِ الْوَجْهَانِ ، وَأَمَّا الْمَهْرُ ،
 فَعِنْدِي أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْوَاطِئُ (٢٧) مَالِكُ الرِّقَةِ (٢٧) ، فَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ، وَلَهُ الْمَهْرُ عَلَى صَاحِبِ
 الْمَنْفَعَةِ / ، إِذَا كَانَ هُوَ الْوَاطِئُ . وَعِنْدَ أَصْحَابِنَا ، وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، بَعْكَسُ ذَلِكَ
 فِيهِمَا . وَقَدْ تَقَدَّمَ تَعْلِيلُ ذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ الْحَدُّ عَلَى صَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ إِذَا
 وَطِئَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا الْمَنْفَعَةَ ، فَلَزِمَهُ الْحَدُّ ، كَالْمُسْتَأْجِرِ ، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ وَلَدُهُ
 مَمْلُوكًا .

فصل : وليس لواحدٍ منهما تزويجها ؛ لِأَنَّ مَالِكَ الْمَنْفَعَةِ لَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهَا ، وَمَالِكُ
 الرِّقَةِ لَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَهَا ، لِمَا فِيهِ مِنْ ضَرَرٍ صَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ بِتَزْوِيجِهَا . فَإِنْ طَلَبَتْ
 ذَلِكَ ، لَزِمَ تَزْوِيجُهَا ؛ لِأَنَّهُ لِحَقِّهَا ، وَحَقُّهَا فِي ذَلِكَ مُقَدَّمٌ عَلَيْهِمَا (٢٨) ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَوْ
 طَلَبَتْهُ مِنْ سَيِّدِهَا الَّذِي يَمْلِكُ رَقَبَتَهَا وَنَفْعَهَا ، أُجِبَ عَلَيْهِ ، وَقُدِّمَ حَقُّهَا عَلَى حَقِّهِ .
 وَكَذَلِكَ إِنْ اتَّفَقَا عَلَى تَزْوِيجِهَا قَبْلَ طَلِبِهَا ، جَازَ ، وَوَلِيَّهَا فِي الْمَوْضِعَيْنِ مَالِكُ رَقَبَتِهَا ؛
 لِأَنَّهُ مَالِكُهَا . وَالْكَلَامُ فِي مَهْرِهَا وَوَلَدِهَا ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَهُ .

فصل : وَإِنْ قُتِلَ الْعَبْدُ الْمُوصَى بِنَفْعِهِ ، وَجَبَتْ قِيمَتُهُ ، يُشْتَرَى بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَ

(٢٥) سورة المؤمنون ٦ .

(٢٦) سقط من : م .

(٢٧ - ٢٧) في م : مالكا للرقبة .

(٢٨) في ١ ، م : عليها .

الموصى به ؛ لأن كل حق تعلق بالعين تعلق ببديله ، إذا لم يتطل سبب استحقاقها .
 ويُفارق الزوجة والعين المستأجرة ؛ لأن سبب الاستحقاق يتطل بتلفيهما ، ويَحْتَمِلُ
 أن تُجِبَ القيمة للوارث ، أو مالِك الرقية ، وتبطل الوصية ؛ لأن القيمة بدل الرقية ،
 فتكون لصاحبها ، وتبطل الوصية بالمنفعة ، كما تبطل الإجارة^(٢٩) .

فصل : وإذا أوصى لرجل بحب زرع ، ولا آخر ببنيه ، صح ، والنفقة بينهما ؛
 لأن كل واحد منهما تعلق حقه بالزرع . فإن امتنع أحدهما من الإنفاق ، فهما بمنزلة
 الشريرين في أصل الزرع إذا امتنع أحدهما من سقيه والإنفاق عليه ، فيُخرج في ذلك
 وجهان ؛ أحدهما ، يُجبر على الإنفاق عليه . هذا قول أبي بكر ؛ لأن في ترك الإنفاق
 ضرراً عليهما ، وإضاعة للمال^(٣٠) ، وقد قال النبي ﷺ : « لا ضرر ولا
 ضرار »^(٣١) . ونهى عن إضاعة المال^(٣٢) . والوجه الآخر ، لا يُجبر ؛ لأنه لا يُجبر
 على الإنفاق على مال نفسه ، ولا مال غيره ، إذا كان كل واحد منهما منفرداً ، فكذلك
 إذا اجتمعا . وأصل الوجهين إذا استهزم الحائط المشترك ، فدعا أحد الشريرين الآخر
 إلى مباتاته ، فامتنع . ويتبين أن تكون النفقة بينهما على قدر قيمة حق كل واحد منهما ،
 كما لو كانا مشتركين في أصل الزرع .

فصل : وإن أوصى لرجل^(٣٣) بخاتم ، ولا آخر بفصه ، صح ، وليس لواحد
 منهما الانتفاع به إلا بإذن صاحبه ، وأيهما طلب قلع الفص من الخاتم أُجيب إليه ،
 وأُجبر الآخر عليه . وإن اتفقا على بيعه ، أو اضطرلحا على لبسه ، جاز ؛ لأن الحق لهما
 لا يعدوهما .

(٢٩) في م : « بالإجارة » .

(٣٠) في ١ ، ب ، م : « المال » .

(٣١) في الأصل ، ١ : « إضرار » . وتقدم في المسألة نفسها .

(٣٢) تقدم تخريجه في ٥١٦/٦ .

(٣٣) في م : « له » .

فصل : وإن أوصى لرجل بدينارٍ من غلّة داره ، وغلّتها ديناران ، صحّ . فإن أَرَادَ الورثة يَبْعُ نصفها وترك النصف الذي أجره دينارٌ ، فله منعهم منه ؛ لأنّه يجوز أن ينقص أجره عن الدينار . وإن كانت الدار لا تخرج من الثلث ، فلهم يَبْعُ ما زاد عليه ، وعليهم ترك الثلث . فإن كانت غلّته دينارًا ، أو أقل ، فهو للموصى له ، وإن كانت أكثر ، فله دينارٌ ، والباقي للورثة .

فصل : وتصحّ الوصيّة بما لا يقدر على تسليمه ، كالعبد الآبق ، والجمل الشارد ، والطير في الهواء ، والسّمك في الماء ؛ لأنّ الوصيّة إذا صحّت بالمعدوم فبذلك أولى . ولأنّ الوصيّة أجريت مجزئ الميراث ، وهذا يورث ، فيوصى به ؛ فإن قدر عليه أخذه ، وسلمه إذا خرج من الثلث ، وللوصي السّعي في تحصيله ، فإن قدر عليه أخذه إذا خرج من الثلث .

٩٦٧ - مسألة ؛ قال : (وإذا أوصى بجارية لبشر ، ثم أوصى بها لبكر ، فهي بينهما)

وجُمِلَتْ ذلك ، أنّه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ، ثم وصّى به لآخر ، أو وصّى له بثلثه ، ثم وصّى لآخر بثلثه ، أو وصّى بجميع ماله لرجل ، ثم وصّى به لآخر ، فهو بينهما . ولا يكون ذلك رجوعًا في الوصيّة الأولى . وبهذا قال ربيعة ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . وقال جابر بن زيد ، والحسن ، وعطاء ، وطاوس ، وداود : وصيته للأخير منهما ؛ لأنّه وصّى للثاني بما وصّى به للأول ، فكان رجوعًا ، كما لو قال : ما وصيت به لبشر فهو لبكر . ولأنّ الثانية تنافي الأولى ، فإذا أتى بها كان رجوعًا ، كما لو قال : هذا لورثتي . ولنا ، أنّه وصّى لهما بها ، فاستويا فيها ، كما لو قال لهما : وصيت لكما بالجارية . وما قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته لبشر ، وفي مسائلنا يَحْتَمِلُ أنّه قصد التّشريك ، فلم تبطل وصيته الآخر بالثّك .

فصل : وإن وصّى بعبد لرجل ، ثم وصّى لآخر بثلثه ، فهو بينهما أرباعًا . وعلى

قول الآخرين ، يَتَّبِعِي أَنْ يَكُونَ لِلثَّانِي ثُلُثُهُ كَامِلًا . وَإِنْ وَصَّى بِعَبْدِهِ لِاثْنَيْنِ ، فَرَدَّ أَحَدُهُمَا وَصِيَّتَهُ ، فَلَا خَرِ نَصْفُهُ . وَإِنْ وَصَّى لِاثْنَيْنِ بثلثي ماله ، فَرَدَّ الْوَرِثَةَ ذَلِكَ ، وَرَدَّ أَحَدُ الْوَصِيِّينَ وَصِيَّتَهُ ، فَلَا خَرِ الثُّلُثُ كَامِلًا ؛ لِأَنَّهُ وَصَّى لَهُ بِهِ مُنْفَرِدًا ، وَزَالَتْ الْمَزَاحِمَةُ ، فَكَمَّلَ لَهُ ، كَمَا لَوْ أَفْرَدَ بِهِ .

فصل : إِذَا أَقَرَّ الْوَارِثُ أَنْ أَبَاهُ وَصَّى بِالثُّلُثِ لِشَيْءٍ ، وَأَقَامَ آخَرَ شَاهِدَيْنِ أَنَّهُ وَصَّى لَهُ بِالثُّلُثِ ، فَرَدَّ الْوَارِثُ الْوَصِيَّتَيْنِ ، وَكَانَ الْوَارِثُ رَجُلًا عَاقِلًا عَدْلًا ، وَشَهِدَ بِالْوَصِيَّةِ ، حَلَفَ مَعَهُ الْمُوصَى لَهُ ، وَاشْتَرَكَ فِي الثُّلُثِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو ثَوْرٍ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا يُشَارِكُهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ . بِنَاءً مِنْهُمْ عَلَى أَنَّ الشَّاهِدَ وَالْيَمِينَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ . وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِشَاهِدٍ وَيَمِينَ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(١) . وَإِنْ كَانَ الْمُقَرَّرُ لَيْسَ بِعَدْلٍ ، أَوْ كَانَ امْرَأَةً ، فَالْثُّلُثُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْبَيِّنَةُ ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ ثَابِتَةٌ ، وَلَمْ يَثْبُتْ وَصِيَّةُ الْآخَرِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، / فَأَقَرَّ الْوَارِثُ أَنَّهُ أَقَرَّ لِفُلَانٍ بِالثُّلُثِ ، أَوْ بِهَذَا الْعَبْدِ ، وَأَقَرَّ لِفُلَانٍ بِهِ بِكَلَامٍ مُتَّصِلٍ ، فَالْمُقَرَّرُ بِهِ بَيْنَهُمَا . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا . وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لَوَاحِدٍ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهِ لْآخَرَ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ ، لَمْ يَقْبَلْ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ ^(٢) لِلأَوَّلِ بِإِقْرَارِهِ ، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَنْقُصُ بِهِ حَقُّ الْأَوَّلِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَدْلًا ، فَيَشْهَدُ بِذَلِكَ ، وَيَحْلِفُ مَعَهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ ، فَيُشَارِكُهُ ، كَمَا لَوْ ثَبَتَ لِلأَوَّلِ ^(٣) بَيِّنَةٌ ^(٤) . وَإِنْ أَقَرَّ لِلثَّانِي فِي الْمَجْلِسِ بِكَلَامٍ

ط ٢٧/٦

(١) في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ١٣٣٧/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧٧/٢ . وابن ماجه ، في : باب القضاء بالشاهد واليمين ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١/٢٤٨ ، ٣١٥ ، ٣٢٣ .

(٢) في م : « ثبت » .

(٣) في الأصل ، ١ : « الأول » .

(٤) في م : « بينة » .

مُتَّصِلٌ^(٥) ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْأَوَّلِ ثَبَتَ فِي الْجَمِيعِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَقَرَّ لَهُ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ . والثاني ، يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الْمَجْلِسَ الْوَاحِدَ كَالْحَالِ الْوَاحِدَةِ ، فَإِنْ خَرَقِيَ قَالَ : وَإِذَا تَخَلَّفَ ابْنَا وَالْفِ دِرْهَمٍ ، فَأَقَرَّ بِهَا لِرَجُلٍ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِالْفِ لَآخَرَ ، فَإِنْ كَانَ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ ، فَلَا لَفَّ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَ فِي مَجْلِسَيْنِ ، فَهِيَ لِلأَوَّلِ ، وَلَا شَيْءَ لِلثَّانِي . وَالأَوَّلُ أَقْبَسُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْأَوَّلِ ثَبَتَ فِي الثَّلَاثِ كَامِلًا ، لِإِقْرَارِهِ بِهِ^(٦) مُتَّفَرِّدًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ فِي مَجْلِسَيْنِ ، وَكَالَوْ أَقَرَّ بِدِرْهَمٍ ، ثُمَّ سَكَتَ ، ثُمَّ قَالَ : زَيْوْفًا ، أَوْ صِغَارًا ، أَوْ إِلَى شَهْرٍ . أَوْ كَالَوْ اسْتَشْنَى مِمَّا أَقَرَّ بِهِ بِكَلَامٍ مُتَّفَصِلٍ فِي الْمَجْلِسِ .

٩٦٨ - مسألة ؛ (وَإِنْ قَالَ : مَا أَوْصَيْتُ بِهِ لِبَشَرٍ فَهُوَ لِبَكْرٍ . كَانَتْ لِبَكْرٍ)

هذا قولهم جَمِيعًا . وبه قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وهو أيضًا على مذهب الحسن ، وعطاء ، وطائوس . وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالرُّجُوعِ عَنْ الْأَوَّلِ بِذِكْرِهِ أَنَّ مَا أَوْصَى بِهِ مَرْدُودٌ إِلَى الثَّانِي ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : رَجَعْتُ عَنْ وَصِيَّتِي لِبَشَرٍ وَأَوْصَيْتُ بِهَا لِبَكْرٍ . بِخِلَافِ مَا ('إِذَا وَصَّى') بِشَيْءٍ وَاحِدٍ لِرَجُلَيْنِ ، أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْآخَرِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَصَدَ التَّشْرِيكَ بَيْنَهُمَا ، وَقَدْ ثَبَتَتْ وَصِيَّةُ الْأَوَّلِ يَقِينًا ، فَلَا تَزُولُ بِالشُّكِّ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : مَا أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ ، فَنَصْنَفُهُ لِفُلَانٍ ، أَوْ ثَلَاثَةً . كَانَ رُجُوعًا فِي الْقَدْرِ الَّذِي وَصَّى بِهِ لِلثَّانِي خَاصَّةً ، وَبَاقِيَهُ لِلأَوَّلِ .

(٥) في الأصل : « متفصل » .

(٦) في الأصل : « له » .

(١ - ١) في م : « أوصى » .

فصل : وأجمع أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في جميع ما أوصى به ، وفي بعضه ، إلا الوصية بالإعتاق . والأكثرون على جواز الرجوع في الوصية به أيضا . روى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه قال : **يُغَيَّرُ الرَّجُلُ مَا شَاءَ مِنْ وَصِيَّتِهِ .** وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، والزهرى ، وقتادة ، ومالك ، والشافعى ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو نؤير . وقال الشعبي ، وابن سيرين ، وابن شبرمة ، والنخعي : **يُغَيَّرُ** منها ما شاء إلا العتق ؛ لأنه إعتاق بعد الموت ، فلم يملك تغييره ، كالتدبير . ولنا ، أنها وصية ، فملك الرجوع عنها ، كغير العتق ، ولأنها عطية تنجز بالموت ، فجاز له الرجوع عنها قبل تنجزها ، كهيئة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه^(٢) ، وفارق التدبير ، فإنه تعليق على شرط ، فلم يملك تغييره ، كتعليقه على صفة في الحياة .

فصل : ويحصل الرجوع بقوله : رجعت في وصيتي . أو أبطلتها ، أو غيرتها . أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان . أو فهو لورثتي . أو في ميراثي . وإن أكله ، أو أطعمه ، أو أثلفه ، أو وهبه ، أو تصدق به ، أو باعه ، أو كان ثوبا غير مفصل ففصله ولبسه ، أو جارية فأحبها ، أو ما أشبه هذا ، فهو رجوع . قال ابن المنذر : **أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله ، أو بشيء فأثله ، أو تصدق به ، أو وهبه ، أو بجارية فأحبها ، أو أولدها ، أنه يكون رجوعا .** وحكى عن أصحاب الرأي ، أن ينع ليس برجوع ؛ لأنه أخذ بدله ، بخلاف الهبة . ولنا ، أنه أزال ملكه عنه ، فكان رجوعا ، كالوهبه . وإن عرضه على البيع ، أو وصى ببيعه ، أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له ، أو كاتبه ، أو وصى بإعتاقه ، أو ذبره ، كان رجوعا ؛ لأنه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع ، وإيجابه للهبة ، ووصيته ببيعه أو إعتاقه ، لكونه وصى بما يتنافى الوصية الأولى ، والكتابة بيع ، والتدبير أقوى من الوصية ؛ لأنه ينجز بالموت ، فيسبق أخذ الموصى له . وإن رهنه ، كان

(٢) في الأصل : « تقيضه » .

رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ / بِهِ حَقًّا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَكَانَ أَغْظَمَ مِنْ عَرْضِهِ عَلَى الْبَيْعِ . وَفِيهِ وَجْهٌ ٢٨/٦ ظ
 آخَرُ ، أَنَّهُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ . وَهُوَ وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُزِيلُ الْمَلِكُ ، فَأَشْبَهَ
 إِجَارَتَهُ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْكِتَابَةِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِحَبٍّ ثُمَّ طَحَنَهُ ، أَوْ بِدِقِيقٍ فَعَجَنَهُ ، أَوْ بِعَجِينٍ فَخَبَزَهُ ، أَوْ بِخُبْزٍ
 فَفَقَّطَهُ ، أَوْ جَعَلَهُ قَيْتًا . كَانَ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ أزالَ اسْمَهُ وَعَرْضَهُ لِلِاسْتِعْمَالِ ، فَذُلَّ عَلَى
 رُجُوعِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَإِنْ وَصَّى بِكُتَّانٍ أَوْ قُطْنٍ فَغَزَلَهُ ، أَوْ بِغَزَلٍ فَنَسَجَهُ ،
 أَوْ بِتُوبٍ فَقَطَعَهُ ، أَوْ بِنُقْرَةٍ فَضَرَبَهَا ، أَوْ شَاةٍ فَذَبَحَهَا ، كَانَ رُجُوعًا . وَبِهَذَا قَالَ
 أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي ظَاهِرِ مَذْهَبِهِ . وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّهُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ .
 وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُزِيلُ الْاسْمَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَرْضُهُ لِلِاسْتِعْمَالِ ، فَكَانَ رُجُوعًا ،
 كَالْتِي قَبْلَهَا . وَلَا يَصِحُّ قَوْلُهُ : إِنَّهُ لَا يُزِيلُ الْاسْمَ . فَإِنَّ الثُّوبَ لَا يُسَمَّى غَزَلًا ، وَالْعَزَلَ
 لَا يُسَمَّى كُتَّانًا .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِشَيْءٍ مُعَيَّنٍ ، ثُمَّ خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، كَانَ
 رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَدَّرُ بِذَلِكَ تَسْلِيمُهُ ، فَيَذُلُّ عَلَى رُجُوعِهِ . فَإِنْ خَلَطَهُ بِمَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ،
 لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ . وَإِنْ وَصَّى بِقَفِيزٍ قَمَحٍ مِنْ صُبْرَةٍ ، ثُمَّ خَلَطَهَا
 بِغَيْرِهَا ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ، سَوَاءً خَلَطَهَا بِمِثْلِهَا ، أَوْ بِخَيْرٍ مِنْهَا ، أَوْ دُونِهَا ؛ لِأَنَّهُ كَانَ
 مُشَاعًا وَبَقِيَ مُشَاعًا . وَقِيلَ : إِنْ خَلَطَهُ بِخَيْرٍ مِنْهُ ، كَانَ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ تَسْلِيمُ
 الْمُوصَى بِهِ ^(٣) إِلَّا بِتَسْلِيمِ خَيْرٍ مِنْهُ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْوَارِثِ تَسْلِيمُ خَيْرٍ مِنْهُ ، فَصَارَ
 مُتَعَدِّرًا تَسْلِيمًا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَلَطَهُ بِمِثْلِهِ أَوْ دُونِهِ .

فصل : وَإِذَا حَدَّثَ بِالْمُوصَى بِهِ مَا يُزِيلُ اسْمَهُ ، مِنْ غَيْرِ فِعْلِ الْمُوصَى ، مِثْلُ أَنْ
 سَقَطَ الْحَبُّ فِي الْأَرْضِ فَصَارَ زَرْعًا ، أَوْ انْهَدَمَتِ الدَّارُ فَصَارَتْ قَضَاءً ، فِي حَيَاةِ
 الْمُوصَى ، بَطَلَتِ الرِّصِيَّةُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ لَا يَتَنَاوَلُهُ الْاسْمُ . وَإِنْ كَانَ انْهَدَامُ الدَّارِ

(٣) فِي الْأَصْلِ : مِنْهُ .

لا يُزِيلُ اسْمَهَا ، سَلَّمَتْ إِلَيْهِ دُونَ مَا انفَصَلَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ /الاسْمَ حِينَ الْاسْتِحْقَاقِ يَقَعُ عَلَى الْمُتَصِلِ دُونَ الْمُتَفَصِّلِ . وَيَتَّبِعُ الدَّارَ فِي الْوَصِيَّةِ مَا يَتَّبِعُهَا فِي الْبَيْعِ .

فصل : وَإِنْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ، فِي أَحَدِ الرَّجْهَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، فِي إِحْدَى الرَّوَائِعَيْنِ . وَلَأَنَّهُ عَقْدٌ ، فَلَا يَنْطَلُ بِالْجُحُودِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ . وَالثَّانِي ، يَكُونُ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُرِيدُ إِصْصَالَهُ إِلَى الْمُوصَى لَهُ . وَإِنْ غَسَلَ الثُّوبَ ، أَوْ لَبَسَهُ ، أَوْ جَسَّصَ الدَّارَ ، أَوْ سَكَّنَهَا ، أَوْ أَجَرَ الْأَمَةَ ، أَوْ زَوَّجَهَا ، أَوْ عَلَّمَهَا ، أَوْ وَطَّئَهَا ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُزِيلُ الْمِلْكَ وَلَا الْاسْمَ ، وَلَا يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ وَطَّءَ الْأَمَةَ رُجُوعٌ ؛ لِأَنَّهُ يُعَرِّضُهَا لِلْخُرُوجِ عَنْ جَوَازِ الثَّقِيلِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ انْتِفَاعٌ لَا يُزِيلُ الْمِلْكَ فِي الْحَالِ ، وَلَا يُفْضِي إِلَيْهِ يَقِينًا ، فَاشْتَبَهَ بُيْسَ الثُّوبِ ، فَإِنَّهُ رُبَّمَا أَتْلَفَهُ ، وَلَيْسَ بِرُجُوعٍ .

فصل : نَقَلَ الْحَسَنُ بْنُ ثَوَابٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ قَالَ : هَذَا ثَلَاثِي لِفُلَانٍ ، وَيُعْطَى فُلَانٌ مِنْهُ مِائَةٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ إِلَى أَنْ يَمُوتَ . فَهُوَ لِلْآخِرِ مِنْهُمَا ، وَيُعْطَى هَذَا مِائَةٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ ، فَإِنْ مَاتَ وَفَضَلَ شَيْءٌ ، رُدَّ إِلَى صَاحِبِ الثَّلَاثِ . فَحَكَمَ بِصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ وَإِنْفَازِهَا ، عَلَى مَا أَمَرَ بِهِ الْمُوصِي .

٩٦٩ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَمَنْ كَتَبَ وَصِيَّةً ، وَلَمْ يُشْهِدْ فِيهَا ، حُكِمَ بِهَا ، مَا لَمْ يُعْلَمْ رُجُوعُهُ عَنْهَا)

نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا ، فِي رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ ، فَقَالَ : مَنْ مَاتَ ، فَوُجِدَتْ وَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةً عِنْدَ رَأْسِهِ ، وَلَمْ يُشْهِدْ فِيهَا ، وَعُرِفَ خَطُّهُ ، وَكَانَ مَشْهُورَ الْخَطِّ ، يُقْبَلُ مَا فِيهَا . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ الْخَطُّ فِي الْوَصِيَّةِ ، وَلَا يُشْهِدُ عَلَى الْوَصِيَّةِ الْمَخْتُومَةِ حَتَّى يَسْمَعَ الشُّهُودَ مِنْهُ ، أَوْ تُقْرَأَ عَلَيْهِ ، فَيُقَرَّرَ بِمَا فِيهَا . وَبِهَذَا قَالَ (١)

(١) سقط من : ١ ، م .

الحَسَنُ، وأبو قَلَابَةَ، والشافِعِيُّ، وأبو نُورٍ، وأصحابُ الرَّأْيِ؛ لأنَّ الحُكْمَ لا يجوزُ
 بِرُؤْيَةِ خَطِّ الشَّاهِدِ بِالشَّهَادَةِ بالإجماعِ، فكذا هُنَا، وأبْلَغُ من هذا/ أَنَّ الحَاكِمَ لو
 رَأَى حُكْمَهُ بِخَطِّهِ تَحْتَهُ^(٢) حَتَمَهُ، ولم يَذْكُرْ أَنَّهُ حَكَمَ بِهِ، أو رَأَى الشَّاهِدُ شَهَادَتَهُ
 بِخَطِّهِ، ولم يَذْكُرْ الشَّهَادَةَ، لم يَجْزِ لِلْحَاكِمِ إِنْفَاذُ الحُكْمِ بِمَا وَجَدَهُ، ولا لِلشَّاهِدِ
 الشَّهَادَةُ بِمَا رَأَى خَطَّهُ بِهِ، فَهُنَا أَوَّلَى. وقد نَصَّ أَحْمَدُ على هذا في الشَّهَادَةِ. وَوَجْهُ
 قولِ الخِرَقِيِّ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ: « مَا حَقُّ^(٣) أَمْرِي مُسْلِمٍ، لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ،
 يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ، إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ^(٤) ». ولم يَذْكُرْ شَهَادَةً^(٥). وما ذَكَرْنَاهُ في
 الْفَصْلِ^(٦) الَّذِي يَلِي هذا، ولأنَّ الوَصِيَّةَ يُتَسَامَحُ فِيهَا، ولهذا صَحَّ تَعْلِيْقُهَا على الْخَطِّ
 وَالْعَرْرِ، وَصَحَّتْ لِلْحَمْلِ، وبه^(٧)، وبما لا يُقَدَّرُ على تَسْلِيمِهِ، وبِالْمَعْدُومِ
 وَالْمَجْهُولِ، فجازَ أَنْ يُتَسَامَحَ فِيهَا بِقَبُولِ الْخَطِّ، كِرَوَايَةِ الْحَدِيثِ.

فصل: وإن كَتَبَ وَصِيَّتَهُ، وقال: اشْهَدُوا علىَّ بما في هذه الْوَرَقَةِ. أو قال: هذه
 وَصِيَّتِي، فاشْهَدُوا علىَّ بها. فقد حَكِيَ عن أَحْمَدَ، أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا كَتَبَ وَصِيَّتَهُ، وَخَتَمَ
 عَلَيْهَا، وقال لِلشُّهُودِ: اشْهَدُوا علىَّ بما في هذا الْكِتَابِ. لا يجوزُ حَتَّى يَسْمَعُوا مِنْهُ ما
 فِيهِ، أو يُقْرَأَ عَلَيْهِ فَيُفَرِّقَ بِمَا فِيهِ. وهو قولُ مَنْ سَمَّيْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى. وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ
 الْخِرَقِيِّ جَوَازَهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَبِلَ خَطَّهُ الْمُجَرَّدَ، فهذا أَوَّلَى. ومَنْ قال ذلك عَبْدُ الْمَلِكِ
 ابْنُ يَعْلَى^(٨)، وَمَكْحُولُ، وَنُجَيْمُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ^(٩)، وَمَالِكُ، وَاللَّيْثُ، وَالْأَوْزَاعِيُّ،

(٢) في الأصل، ١: « تحت ».

(٣) في م: « من ».

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٣٨٩.

(٥) في ١، ب، م: « شهادته ».

(٦) في ١، م زيادة: « الأول ».

(٧) سقطت الواو من: م.

(٨) عبد الملك بن يعلى الليثي، قاضي البصرة، روى عن النبي ﷺ مراسلا، وعن عمران بن حصين، ثقة،

توفي سنة مائة. تهذيب التهذيب ٤٢٩/٦.

(٩) لم نجد نعيم بن إبراهيم. ولعل المقصود نعيم بن أوس الأشعري، قاضي دمشق، معاصر مكحول. انظر: أخبار

القضاة لو كيع ٢٠٤/٣ - ٢٠٦. الإكمال ٣٦٣/٧.

ومحمد بن مسلمة ، وأبو عبيد ، وإسحاق . واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله ﷺ إلى عماله وأمرائه ، في أمر ولأيته وأحكامه وسننه ^(١٠) ، ثم ما عملت به الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم إلى ولأيتهم ، بالأحكام التي فيها الدماء والفروج والأموال ، ينعثون بها مخنومة ، لا يعلم حاملها ما فيها ، وأمضوها على وجوها ، وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز ، بكتاب كتبه ، وختم عليه ، ولا تعلم أحد أنكر ذلك مع شهرته وانتشاره / في علماء العصر ، فكان إجماعاً . ووجه الأول أنه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه ، فلم يجز أن يشهد عليه ، ككتاب القاضي إلى القاضي ، فأما ما ثبت من الوصية ، بشهادة أو إقرار الورثة به ، فإنه يثبت حكمه ويعمل به ، ما لم يعلم رجوعه عنه ، وإن طالت مدته ، وتغيرت أحوال الموصى به ، مثل أن يوصى في مرض فيترأ منه ، ثم يموت بعد أو يقتل ؛ لأن الأصل بقاءه ، فلا يزول حكمه بمجرد الاختمال والشك ، كسائر الأحكام .

و ٣٠/٦

فصل : ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ، ويشهد عليها ؛ لأنه أحفظ لها .
وأحوط لما فيها . وقد صح أن النبي ﷺ قال : « ماحق امرئ مسلم ، له شيء يوصي فيه ، يبيت ليلتين ، إلا ووصيته مكتوبة عنده » ^(١١) . وروى عن أنس ، أنه قال :

(١٠) انظر ما أخرجه البخاري ، في : باب ما يذكر في المناولة وكتاب أهل العلم ... ، من كتاب العلم ، وفي : باب دعوة اليهود والنصراني ... ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب اتخاذ الخاتم ليختم به ... ، من كتاب اللباس ، وفي : باب كتاب الحاكم ... ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ١/٢٥ ، ٢٦ ، ٤/٥٤ ، ٧/٢٠٣ ، ٩/٩٣ ، ٩٤ . ومسلم ، في : باب القسامة ، من كتاب القسامة ، وفي : باب اتخاذ النبي ﷺ خاتماً ... ، من كتاب اللباس . صحيح مسلم ٣/١٢٩٤ ، ١٦٥٧ . وأبو داود ، في : باب القتل بالقسامة ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٢/٤٨٤ ، ٤٨٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في القسامة ، من أبواب الدييات . عارضة الأحوذى ٦/١٩٢ ، ١٩٣ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخير سهل فيه ، من كتاب القسامة ، وفي : باب صفة خاتم النبي ﷺ ، من كتاب الزينة . المجتبى ٨/٧ ، ٨ ، ١٥١ ، ١٥٢ . وابن ماجه ، في : باب القسامة ، من كتاب الدييات . سنن ابن ماجه ٢/٨٩٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/١٦٨ ، ١٦٩ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ٢٢٣ ، ٢٧٥ ، ٣/٤ .

(١١) تقدم نثره في صفحة ٣٨٩ .

كَانُوا يَكْتُبُونَ فِي صُدُورِ وَصَايَاهُمْ : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ فَلَانٌ ،
 أَنَّهُ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ ، وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ، وَأَنَّ السَّاعَةَ
 آتِيَةٌ لَا رَيْبَ فِيهَا ، وَأَنَّ اللَّهَ يَبْعَثُ مَنْ فِي الْقُبُورِ ، وَأَوْصَى مِنْ تَرَكَ مِنْ أَهْلِهِ أَنْ يَتَّقُوا اللَّهَ ،
 وَيُصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِهِمْ ، وَيُطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كَانُوا مُؤْمِنِينَ ، وَأَوْصَاهُمْ بِمَا أَوْصَى بِهِ
 إِبْرَاهِيمُ بَيْنَهُ وَيَعْقُوبُ : ﴿ يَا بَنِيَّ إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَى لَكُمُ الدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ
 مُسْلِمُونَ ﴾ (١٢) . أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ (١٣) ، عَنْ فَضِيلِ بْنِ عِيَاضٍ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ
 حَسَّانٍ ، عَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، عَنْ أَنَسٍ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ كَتَبَ (١٤) فِي
 وَصِيَّتِهِ (١) : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . هَذَا ذِكْرُ مَا أَوْصَى بِهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ ، إِنْ
 حَدَّثَ بِي حَادِثُ الْمَوْتِ مِنْ مَرْضَى هَذَا ، أَنْ مَرْجِعَ وَصِيَّتِي إِلَى اللَّهِ تَعَالَى (١٥) ، ثُمَّ إِلَى
 الزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ ، وَابْنِهِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَأَنْتَهُمَا فِي حِلٍّ وَبَلٍّ فِيمَا وَلِيَا وَقَضِيًّا ، وَأَنَّهُ لَا تَرْوُجُ
 امْرَأَةً مِنْ بَنَاتِ عَبْدِ اللَّهِ إِلَّا بِإِذْنِهِمَا (١٦) . / وَرَوَى ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ قَالَ : كَانَ فِي وَصِيَّةِ أَبِي
 الدَّرْدَاءِ : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ أَبُو الدَّرْدَاءِ ، أَنَّهُ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ
 إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ ، وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ، وَأَنَّ الْحَيَّةَ حَقٌّ ، وَأَنَّ النَّارَ حَقٌّ ،
 وَأَنَّ اللَّهَ يَبْعَثُ مَنْ فِي الْقُبُورِ ، وَأَنَّهُ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَيَكْفُرُ بِالطَّاغُوتِ ، عَلَى ذَلِكَ يَحْيَا
 وَيَمُوتُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، وَأَوْصَى فِيمَا رَزَقَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، بِكَذَا وَكَذَا ، وَأَنْ هَذِهِ وَصِيَّتُهُ
 إِنْ لَمْ يُعَيِّرْهَا .

٣٠/٦ ظ

٩٧٠ - مسألة ؛ قال : (وَمَا أُعْطِيَ فِي مَرْضَاهُ الَّذِي مَاتَ فِيهِ ، فَهُوَ مِنَ الثَّلَاثِ)

وجملة ذلك أَنَّ التَّبَرُّعَاتِ الْمُتَنَجِّزَةَ ، كَالْعَتِيقِ ، وَالْمُحَابَاةِ ، وَالْهِبَةِ الْمَقْبُوضَةِ ،

(١٢) سورة البقرة ١٣٢

(١٣) وأخرجه الدارمي ، في : باب ما يستحب بالوصية من التشهد والكلام ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي

٤٠٤/٢ . وعبد الرزاق ، في : باب كيف تكتب الوصية ، من كتاب الوصايا . المصنف ٥٣/٩ .

(١٤ - ١٤) سقط من : م .

(١٥) في ١ ، م زيادة : « وإلى رسوله » .

(١٦) أخرجه البيهقي ، في : باب الأوصياء ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٨٢/٦ ، ٢٨٣ .

والصدقة ، والوقف ، والإبراء من الدين ، والعفو عن الجناية الموجبة للمال ، إذا كانت في الصحة فهي من رأس المال . لا تعلم في هذا خلافاً . وإن كانت في مرض مخوف اتصل به الموت ، فهي من ثلث المال ، في قول جمهور العلماء . وحكى عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال . وليس بصحيح ؛ لما روى أبو هريرة ، رضي الله عنه ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ ، زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ » . رواه ابن ماجه ^(١) . وهذا يدل بفهمه على أنه ليس له أكثر من الثلث . وروى عمران بن حصين ، أن رجلاً من الأنصار اعتق ستة أعبد له في مرضه ، لا مال له غيرهم ، فاستدعاهم رسول الله ﷺ ، فجزأهم ثلاثة أجزاء ، وأقرع بينهم ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة ^(٢) . وإذا لم ينفذ العتق مع سرائته ، فغيره أولى . ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت ، فكانت عطيته ^(٣) فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث ، كالوصية .

فصل : وحكم العطايا في مرض الموت المخوف ، حكم الوصية في خمسة أشياء ؛ أحدها ، أنه ^(٤) يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة ^(٥) الورثة . / الثاني ، أنها لا تصح لإوارث إلا بإجازة بقية الورثة . الثالث ، أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة ، ولأن النبي ﷺ سئل عن أفضل الصدقة قال : « أَنْ تَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَاحِبُ شَيْءٍ ، تَأْمُلُ الْغَنَى وَتَخْشَى الْفَقْرَ وَلَا تُنْهَلُ حَتَّى إِذَا بَلَغَتِ الْحُلُقُومَ قُلْتَ لِفُلَانٍ كَذَا ، وَلِفُلَانٍ كَذَا ، وَقَدْ كَانَ لِفُلَانٍ » . متفق عليه ^(٦) . ولفظه : قال رجل :

و ٣١/٦

(١) تقدم تحريجه في صفحة ٣٩٢ .

(٢ - ٢) سقط من : ١ ، وفي م : « متفق عليه » . وتقدم تحريجه في صفحة ٣٩٥ .

(٣) في ١ ، م : « عطية » .

(٤) في م : « أن » .

(٥) في ١ ، م : « وإجازة » .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب أي الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب الصدقة عند الموت ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ١٣٦/٢ ، ١٣٧ ، ٥/٤ . ومسلم ، في : باب بيان أفضل الصدقة صدقة =

يارسول الله : أى الصدقة أفضل ؟^(٧) قال : « أن تصدق وأنت صحيح حريص »^(٨) .
 الرابع ، أنه يُزاجم بها الوصايا في الثلث . الخامس ، أن خروجها من الثلث معتبر حال
 الموت ، لا قبله ولا بعده . ويُفارق الوصية في سببها أشياء ؛ أحدها ، أنها لازمة في حق
 المعطى ليس له الرجوع فيها . وإن كثرت ، لأن المنع^(٩) من الزيادة على الثلث^(١٠) إنما
 كان لحق الوزعة ، لا لحقه ، فلم يملك إجازتها ولا ردّها ، وإنما كان له الرجوع في
 الوصية ؛ لأن التبرع بها مشروط بالموت^(١١) ، ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا
 العطية ، بخلاف العطية في المَرَض ، فإنه قد وجدت العطية منه ، والقبول من
 المعطى ، والقبض ، فلزمت كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت . الثاني ، أن
 قبولها على الفور في حال^(١٢) حياة المعطى وكذلك ردّها ، والوصايا لا حكم لقبولها
 ولا ردّها إلا بعد الموت ؛ لما ذكرنا من أن العطية تصرف في الحال ، فتعتبر شروطه
 وقت وجوده ، والوصية تبرع بعد الموت ، فتعتبر شروطه بعد الموت . الثالث ،
 أن العطية تفتقر إلى شروطها المشروطة لها في الصحة ؛ من العلم ، وكونها لا يصح
 تعليقها على شرط وغرر في غير العتق ، والوصية بخلافه . الرابع ، أنها تقدم على
 الوصية ، وهذا قول الشافعي ، وجمهور العلماء . وبه قال أبو حنيفة ،

= الصحيح الشحيح ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٧١٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود
 ١٠٢/٢ . والنسائي ، في : باب أى الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥١/٥ . وابن ماجه ، في : باب
 النهي عن الإمساك في الحياة والتبذير عند الموت ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٣/٢ . والإمام أحمد ،
 في : المسند ٢٣١/٢ ، ٢٥٠ ، ٤١٥ ، ٤٤٧ .

(٧ - ٧) سقط من : م .

(٨ - ٨) في م : « على الزيادة من الثلث » .

(٩) تكرر في قوله : « فلم يملك إجازتها ولا ردّها وإنما كان له الرجوع في الوصية لأن التبرع مشروط بالموت » .

(١٠) سقط من : الأصل ، ١ .

وأبو يوسف، وزُفر، إلا في العتق، فإنه حُكي عنهم تَقْدِيمُهُ، لأنَّ العِتْقَ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ
 اللَّهُ تَعَالَى، وَيَسْرَى وَقْفُهُ^(١١)، وَيَنْفَذُ / فِي مِلْكِ الْغَيْرِ، فَيَجِبُ تَقْدِيمُهُ. وَلَنَا، أَنَّ
 الْعَطِيَّةَ لَازِمَةٌ فِي حَقِّ الْمَرِيضِ، فَقُدِّمَتْ عَلَى الْوَصِيَّةِ، كَعَطِيَّةِ الصَّحَّةِ^(١٢)، وَلأنَّهَا عَطِيَّةٌ
 بِشَمَرَةٍ، فَقُدِّمَتْ عَلَى الْعِتْقِ، كَعَطِيَّةِ الصَّدَقَةِ^(١٣)، وَكَأَلَوْ تَسَاوَى الْحَقَّانِ. الْخَامِسُ،
 أَنَّ الْعَطَايَا إِذَا عَجَزَ الثَّلَاثُ^(١٤) عَنْ جَمِيعِهَا، بُدِيَءَ بِالْأَوَّلِ فَلِأَوَّلِ، سِوَاءَ كَانَ الْأَوَّلُ
 عِتْقًا^(١٥) أَوْ غَيْرَهُ. وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الْجَمِيعُ سِوَاءٌ إِذَا كَانَتْ مِنْ
 جِنْسٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ أَجْنَاسٍ، وَكَانَتْ الْمُحَابَاةُ مُتَقَدِّمَةً قُدِّمَتْ، وَإِنْ
 تَأَخَّرَتْ سَوَّى بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْعِتْقِ، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ، لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ حَقٌّ آدَمِيٌّ عَلَى وَجْهِ
 الْمَعَاوِضَةِ، فَقُدِّمَتْ إِذَا تَقَدَّمَتْ، كَقَضَاءِ الدَّيْنِ، وَإِذَا تَسَاوَى جِنْسُهَا سَوَّى بَيْنَهَا؛
 لِأَنَّهَا عَطَايَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، تُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ، فَسَوَّى بَيْنَهَا، كَالْوَصِيَّةِ. وَقَالَ
 أَبُو يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٌ: يُقَدِّمُ الْعِتْقَ، تَقَدَّمَ أَوْ تَأَخَّرَ. وَلَنَا، أَنَّهُمَا عَطِيَّتَانِ مُنْجَزَتَانِ،
 فَكَانَتْ أُولَاهُمَا أَوْلَى، كَأَلَوْ كَانَتْ الْأَوَّلَى مُحَابَاةً عِنْدَ أُمِّي حَنِيفَةٍ، أَوْ عِتْقًا عِنْدَ
 صَاحِبِيهِ. وَلِأَنَّ الْعَطِيَّةَ الْمُنْجَزَةَ لَازِمَةٌ فِي حَقِّ الْمُعْطَى، فَإِذَا كَانَتْ خَارِجَةً مِنَ الثَّلَاثِ،
 لَزِمَتْ فِي حَقِّ الْوَرَثَةِ، فَلَوْ شَارَكَهَا الثَّانِيَةُ، لَمَنَعَ ذَلِكَ لُزُومَهَا فِي حَقِّ الْمُعْطَى؛ لِأَنَّهُ
 يَمْلِكُ الرُّجُوعَ عَنْ بَعْضِهَا بِعَطِيَّةٍ أُخْرَى، بِخِلَافِ الْوَصَايَا، فَإِنَّهَا غَيْرُ لَازِمَةٍ فِي حَقِّهِ،
 وَإِنَّمَا تَلْزَمُ بِالْمَوْتِ فِي حَالٍ وَاحِدَةٍ، فَاسْتَوَى لَاسْتَوَائِهِمَا فِي حَالِ لُزُومِهِمَا، بِخِلَافِ
 الْمُنْجَزَتَيْنِ. وَمَا قَالَهُ فِي الْمُحَابَاةِ غَيْرُ صَحِيحٍ، فَإِنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الْهَبَةِ، وَلَوْ كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ
 الْمَعَاوِضَةِ أَوِ الدَّيْنِ لَمَا كَانَتْ مِنَ الثَّلَاثِ. فَأَمَّا إِنْ وَقَعَتْ دُفْعَةً وَاحِدَةً، كَأَنَّ^(١٥) وَكُلَّ
 جَمَاعَةٍ فِي هَذِهِ التَّبَرُّعَاتِ، فَأَوْقَعُوهَا دُفْعَةً وَاحِدَةً، فَإِنْ كَانَتْ كُلُّهَا عِتْقًا أَفْرَعْنَا

(١١) فِي الْأَصْل، ١: د: وَقْفُهُ.

(١٢ - ١٣) سَقَطَ مِنْ: م.

(١٣) فِي: م: د: الْعِتْقُ.

(١٤) فِي: م: د: عِتْقًا.

(١٥) فِي الْأَصْل، ١: د: كَأَنَّ.

بينهم^(١٦) ، فَكَمَلْنَا الْعِتْقَ كُلَّهُ فِي بَعْضِهِمْ ، وَإِنْ كَانَتْ كُلُّهَا مِنْ غَيْرِ الْعِتْقِ ، فَسَمْنَا
الْثُلْثَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ عَطَايَاهُمْ ، لِأَنَّهُمْ^(١٧) تَسَاوَوْا فِي الِاسْتِحْقَاقِ ، فَقُسِمَ بَيْنَهُمْ عَلَى
قَدَرِ حُقُوقِهِمْ ، كَقُرْمَاءِ الْمُفْلِسِ . وَإِنَّمَا خُولِفَ هَذَا الْأَصْلُ فِي الْعِتْقِ ، لِحَدِيثِ عُمَرَانَ
ابْنِ حُصَيْنٍ^(١٨) / ، وَلِأَنَّ الْقَصْدَ بِالْعِتْقِ تَكْمِيلُ^(١٩) الْأَحْكَامِ ، وَلَا تُكْمَلُ الْأَحْكَامُ إِلَّا
بِتَكْمِيلِ الْعِتْقِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ فِي قِسْمَةِ الْعِتْقِ عَلَيْهِمْ إِضْرَارًا بِالْوَرْثَةِ وَالْمَيْتِ
وَالْعَبِيدِ ، عَلَى مَا يُذَكَّرُ فِي مَوْضِعِهِ . وَإِنْ وَقَعَتْ ذُفْعَةٌ وَاحِدَةً ، وَفِيهَا عِتْقٌ وَغَيْرُهُ ، فَفِيهِ
رَوَاتَانِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، أَنْ يُقَدَّمَ الْعِتْقُ لِتَأْكِيدِهِ^(٢٠) . وَالثَّانِيَةِ ، يُسَوَّى بَيْنَ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّهَا
حُقُوقٌ تَسَاوَتْ فِي اسْتِحْقَاقِهَا ، فَتَسَاوَتْ فِي تَنْفِيزِهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ،
وَذَلِكَ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهَا حَصَلَ فِي حَالَةٍ^(٢١) وَاحِدَةٍ . السَّادِسُ ، أَنَّ الْوَاهِبَ إِذَا مَاتَ قَبْلَ
تَقْيِيزِهِ^(٢٢) الْهَبَةَ الْمُتَنَجِّزَةَ ، كَانَتْ الْخَيْرَةُ لِلْوَرْثَةِ ، إِنْ شَاءُوا قَبْضُوهَا ، وَإِنْ شَاءُوا
مَنْعُوهَا ، وَالْوَصِيَّةُ تَلْزُمُ بِالْقَبُولِ بَعْدَ الْمَوْتِ بِغَيْرِ رِضَاهُمْ .

فصل : إِذَا قَالَ الْمَرِيضُ : إِذَا أَعْتَقْتُ سَعْدًا ، فَسَعِيدٌ حُرٌّ . ثُمَّ أَعْتَقَ سَعْدًا ، عَتَقَ سَعِيدًا
أَيْضًا إِنْ خَرَجَا مِنَ الثُّلْثِ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ إِلَّا أَحَدُهُمَا عَتَقَ سَعْدًا وَحْدَهُ ، وَلَمْ
يُفْرَغْ بَيْنَهُمَا لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ سَعْدًا سَبَقَ بِالْعِتْقِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ عَتَقَهُ شَرْطٌ لِعِتْقِ
سَعِيدٍ ، فَلَوْ رَقَّ بَعْضُهُ لَفَاتَ إِعْتَاقُ سَعِيدٍ أَيْضًا لِفَوَاتِ شَرْطِهِ ، وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الثُّلْثِ مَا
يَعْتَقُ بِهِ بَعْضُ سَعِيدٍ ، عَتَقَ تَمَامَ الثُّلْثِ مِنْهُ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ أَعْتَقْتُ سَعْدًا فَسَعِيدٌ وَعَمْرُو
حُرَّانِ . ثُمَّ أَعْتَقَ سَعْدًا ، وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ إِلَّا أَحَدُهُمْ ، عَتَقَ سَعْدًا وَحْدَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ،

(١٦) فِي ١ ، م : « بَيْنَهُمَا » .

(١٧) فِي ١ : « لِأَنَّهَا » .

(١٨) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٩٥ .

(١٩) فِي ١ ، م : « بِكَمَلٍ » .

(٢٠) فِي ١ ، م : « لِتَأْكِيدِهِ » .

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « حَالٍ » .

(٢٢) فِي ١ : « تَقْيِيزٍ » .

وإن خَرَجَ من الثُّلُثِ اثنان ، أو واحدٌ وبعضُ آخر ، عَتَقَ سَعْدٌ ، وأَقْرَعَ بين سَعِيدٍ وعَمْرٍو فيما بَقِيَ من الثُّلُثِ ؛ لأنَّ عَتَقَهُمَا في حالٍ واحدةٍ ، وليس عَتَقَ أَحَدَهُمَا شَرْطًا في عَتَقِ الآخر . ولو خَرَجَ من الثُّلُثِ اثنانِ وبعضُ الثالثِ ، أقرعنا بينهما ، لِتَكْمِيلِ الحُرِّيَّةِ في أَحَدِهِمَا ، وَحُصُولِ التَّشْقِيقِ في الآخر . وإن قال : إن أَعْتَقْتُ سَعْدًا فَسَعِيدٌ حُرٌّ ، أو فَسَعِيدٌ وعَمْرٌو حُرَّانِ في حالٍ إعتاقِي سَعْدًا . فالحُكْمُ سواءٌ لا يَحْتَلِفُ ؛ لأنَّ عَتَقَ سَعْدٍ شَرْطٌ لِعَتَقِهِمَا ، فلورَقَ بعضُهُ لَفَاتَ شَرْطُ عَتَقِهِمَا ، فَوَجَبَ تَقْدِيمُهُ . وإن كان الشَّرْطُ في الصَّحَّةِ والإِعتاقِ في المَرَضِ ، فالحُكْمُ على ما ذَكَرْنَا .

ظ ٣٢/٦

فصل : وإن قال : إن تَزَوَّجْتُ فَعَبْدِي / حُرٌّ . فَتَزَوَّجَ في مَرَضِهِ بأَكْثَرِ من مَهْرِ المِثْلِ ، فالزَّيَادَةُ مُحَابَاةٌ مُعْتَبَرَةٌ من الثُّلُثِ . وإن لم تَخْرُجْ من الثُّلُثِ إِلَّا المُحَابَاةُ أو العَبْدُ ، فالمُحَابَاةُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهَا وَجَبَتْ قَبْلَ العَتَقِ ، لِكَوْنِ التَّزْوِيجِ شَرْطًا في عَتَقِهِ ، فَقَدْ سَبَقَتْ عَتَقُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَسَاوَيَا ؛ لِأَنَّ التَّزْوِيجَ سَبَبٌ لِثُبُوتِ المُحَابَاةِ ، وَشَرْطٌ لِلْعَتَقِ ، فَلَا يَسْبِقُ وُجُودُ أَحَدِهِمَا صَاحِبَهُ ، فَيَكُونَانِ سَوَاءً . ثم هل يُقَدَّمُ العَتَقُ على المُحَابَاةِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وهذا فيما إِذَا ثَبَّتَ المُحَابَاةُ بِأَنْ لَا تَرِثَ المَرْأَةُ الزَّوْجَ ؛ إِمَّا لَوْجُودِ مانِعٍ من الإِرْثِ ، أو لِمَفَارَقَتِهِ إِيَّاهَا في حَيَاتِهِ ، إِمَّا بِمَوْتِهَا أو طَلَاقِهَا أو نحوه . فَأَمَّا إِنْ وَرِثَهُ ، ثَبَّتْنَا أَنَّهَا غَيْرُ ثَابِتَةٍ لَهَا إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرِثَةِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقَدَّمَ العَتَقُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا زِمَ غَيْرُ مَوْقُوفٍ على الإِجَازَةِ ، فَيَكُونُ مُتَقَدِّمًا . وإن قال : أُنْتُ حُرٌّ في حالِ تَزْوِيجِي . فَتَزَوَّجَ وَأَصْدَقَ أَكْثَرَ من مَهْرِ المِثْلِ ، فعلى القولِ الأوَّلِ يَتَسَاوَيَانِ ؛ لِأَنَّ التَّزْوِيجَ جُعِلَ حالُهُ^(٢٣) لإِيقَاعِ العَتَقِ ، كما في عَتَقِ سَعْدٍ وَسَعِيدٍ ، وَبُطْلَانِ المُحَابَاةِ لَا يَبْطُلُ التَّزْوِيجُ وَلَا يُؤَثِّرُ فِيهِ . وعلى الإِحْتِمَالِ الذِي ذَكَرْتُهُ ، يَكُونُ العَتَقُ سَابِقًا ، لِأَنَّ المُحَابَاةَ إِمَّا ثَبَّتَ بِتَمَامِ التَّزْوِيجِ ، والعَتَقُ قَبْلَ تَمَامِهِ ، فَيَكُونُ سَابِقًا على المُحَابَاةِ ، فَيَقَدِّمُ لهذا المَعْنَى ، سَيِّمًا إِذَا تَأَكَّدَ بِقُوَّتِهِ وَكَوْنَهُ لَغِيرِ وَاِرِثِ .

(٢٣) في م : جمالة .

فصل : إذا أعتق المَرِيضُ شِقْصًا من عَبْدٍ ، ثم أعتق شِقْصًا من آخَرٍ ، ولم يَخْرُجْ من الثُّلُثِ إِلَّا الْعَبْدُ الْأَوَّلُ ، عَتَقَ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقُ حِينَ يَلْفِظُ^(٢٤) . بِإِعْتَاقِ شِقْصِهِ . وَإِنْ خَرَجَ الْأَوَّلُ وَبَعْضُ الثَّانِي ، عَتَقَ ذَلِكَ . وَإِنْ أعتَقَ الشَّقْصَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، فَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا الشَّقْصَانِ ، عَتَقَا وَرَقَّ بَاقِي الْعَبْدَيْنِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ إِلَّا أَحَدُهُمَا أَقْرَعَ ابْنَهُمَا . وَإِنْ^(٢٥) عَتَقَ الشَّقْصَانِ وَبَاقِي أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ فِيهِمَا وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا ، يُكْمَلُ الْعِتْقُ مِنْ أَحَدِهِمَا بِالْفُرْعَةِ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ أعتَقَ الْعَبْدَيْنِ فَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا أَحَدُهُمَا . وَالثَّانِي ، يُقَسَّمُ مَا بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ فُرْعَةٍ ، لِأَنَّهُ أَوْقَعَ عِتْقًا مُشَقَّصًا فَلَمْ يُكْمَلْهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أعتَقَ الْعَبْدَيْنِ ، وَلِهَذَا إِذَا لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا الشَّقْصَانِ أَعْتَقْنَاهُمَا ، وَلَمْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، وَلَمْ يُكْمَلْهُ مِنْ/ أَحَدِهِمَا . وَلَوْ أَوْصَى بِإِعْتَاقِ النَّصِيبَيْنِ ، وَأَنْ يُكْمَلَ^(٢٦) عِتْقُهُمَا مِنْ ثُلُثِهِ ، وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا النَّصِيبَانِ وَقِيمَةُ بَاقِي أَحَدِهِمَا ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ فُرْعَتُهُ كَمَلَ الْعِتْقُ فِيهِ ، لِأَنَّ الْمُوصِي أَوْصَى بِتَكْمِيلِ الْعِتْقِ ، فَجَرَى مَجْرَى إِعْتَاقِهِمَا ، بِخِلَافِ التِّي قَبْلَهَا .

و ٣٣/٦

فصل : وَإِذَا مَلَكَ الْمَرِيضُ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، كَالْهَبِيَةِ وَالْمِيرَاثِ ، عَتَقَ ، وَوَرِثَ الْمَرِيضُ إِذَا مَاتَ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَعْتَقُ ، وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ وَصِيَّةً ، فَلَا يَجْتَمِعُ^(٢٧) مَعَ الْمِيرَاثِ . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ وَصِيَّةً لَأَعْتَبِرَ مِنَ الثُّلُثِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ . وَجَعَلَ أَهْلُ الْعِرَاقِ عِتْقَ الْمُؤْهُوبِ^(٢٨) وَصِيَّةً ، يُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ مِنَ الثُّلُثِ ، فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقَ وَوَرِثَ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ سَعَى^(٢٩) فِي قِيمَةِ بَاقِيهِ ، وَلَمْ يَرِثْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَ

(٢٤) فِي الْأَصْلِ ، أ : « يَلْفِظُهُ » .

(٢٥) فِي الْأَصْلِ ، م : زِيَادَةٌ : « خَرَجَ » .

(٢٦) فِي أ ، م : « يَكْمَلُهُ » .

(٢٧) فِي أ : « يَجْمَعُ » .

(٢٨) فِي أ ، م : « الْمَرْهُونُ » .

(٢٩) فِي م : « يَسْعَى » .

أبو يوسف ، ومحمد : يُخْتَسَبُ بِقِيَمَتِهِ مِنْ مِيرَاثِهِ ، فَإِنْ فَضَلَ مِنْ قِيَمَتِهِ شَيْءٌ سَعَى فِيهِ .
وَلَنَا ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ هِيَ التَّبَرُّعُ بِمَالِهِ بِعَطِيَّةٍ أَوْ إِثْلَافٍ ، أَوِ التَّسَبُّبُ إِلَى ذَلِكَ ، وَلَمْ يُوجَدْ
وَاحِدٌ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ ، وَلَا يَقِفُ عَلَى اخْتِيَارِهِ ، وَقَبُولُ الْهَبَةِ لَيْسَ
بِعَطِيَّةٍ ، وَلَا إِثْلَافٍ لِمَالِهِ ، وَإِنَّمَا هُوَ تَحْصِيلُ شَيْءٍ يَتَلَفُ بِتَحْصِيلِهِ ، فَأَشْبَهَ قَبُولَهُ لَشَيْءٍ
لَا يُمَكِّنُهُ حِفْظُهُ ، أَوْ لَمَّا يَتَلَفُ بِيَقَائِهِ ، فِي وَقْتٍ لَا يُمَكِّنُهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، وَفَارَقَ الشُّرَاءَ ؛
فَإِنَّهُ تَضْيِيعٌ لِمَالِهِ فِي ثَمَنِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ
فِي مَوَاضِعَ : إِذَا وَقَفَ فِي مَرَضِهِ عَلَى وَرَثَتِهِ صَحَّ ، لَمْ يَكُنْ وَصِيَّةً ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ لَيْسَ بِمَالٍ ؛
لِأَنَّهُ لَا يُبَايَعُ وَلَا يُورَثُ . قَالَ الْخَبَرِيُّ : هَذَا قَوْلُ أَحْمَدَ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَأَهْلِ الْبَصْرَةِ ،
وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ عَنْ أَحْمَدَ خِلَافًا . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ حَمَلَهُ
الثُّلُثُ عَتَقَ وَوَرِثَهُ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقَ مِنْهُ
بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَيَرِثُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، وَبَاقِيهِ عَلَى الرِّقِّ ، فَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ مِمَّنْ
يَعْتِقُ عَلَيْهِ إِذَا مَلَكَهُ ، عَتَقَ / عَلَيْهِ إِذَا وَرِثَهُ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدُ : لَا وَصِيَّةَ
لِلْوَارِثِ ، وَيُخْتَسَبُ بِقِيَمَتِهِ مِنْ مِيرَاثِهِ ، فَإِنْ فَضَلَ مِنْ قِيَمَتِهِ شَيْءٌ سَعَى فِيهِ . وَقَالَ بَعْضُ
أَصْحَابِ مَالِكٍ : يَعْتِقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَيَرِثُ كَالْمَوْهُوبِ وَالْمُزَوَّرِ . وَهُوَ قِيَاسُ
قَوْلِهِ ، لِيَكُونَ لَمْ يَجْعَلِ الْوَقْفَ وَصِيَّةً وَإِجَازَةً لِلْوَارِثِ ، فَهَذَا أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ
رَقَبَتَهُ ، فَيُجْعَلُ ذَلِكَ وَصِيَّةً لَهُ (٣٠) ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ الثَّمَنُ وَصِيَّةً لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ
إِلَيْهِ ، وَلَا وَصِيَّةَ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ عَاوَضَ عَنْهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ كِبْنَاءٍ مَسْجِدٍ وَقَنْطَرَةٍ ، فِي
أَنَّهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ لِمَنْ يَنْتَفِعُ بِهِ ، فَلَا يَمْنَعُهُ ذَلِكَ الْمِيرَاثُ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ
فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : إِذَا حَمَلَهُ الثُّلُثُ عَتَقَ وَوَرِثَ ؛ لِأَنَّ عَتَقَهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ
لَهُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَقِيلَ : يَعْتِقُ وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ لَصَارَتْ وَصِيَّةً لِلْوَارِثِ ،
فَتَبْطُلُ وَصِيَّتُهُ ، وَيَبْطُلُ عَتَقُهُ وَإِزْنُهُ ، فَيَفْضِي تَوْرِيثُهُ إِلَى إِبْطَالِ تَوْرِيثِهِ ، فَكَانَ إِبْطَالُ
تَوْرِيثِهِ أَوْلَى . وَقِيلَ عَلَى مَذْهَبِهِ : شِرَاؤُهُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ ثَمَنَهُ وَصِيَّةً ، وَالْوَصِيَّةُ تَقِفُ عَلَى

ظ ٣٣/٦

خُرُوجِهَا مِنَ الثُّلُثِ ، أَوْ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، وَالْبَيْعُ عِنْدَهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَوْقُوفًا .
 وَمِنْ مَسَائِلِ ذَلِكَ : مَرِيضٌ وَهَبَ لَهُ ابْنُهُ ، فَقَبِلَهُ ، وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَخَلَفَ مَائَتِي دِرْهَمٍ
 وَابْنًا آخَرَ ، فَإِنَّهُ يَعْتِقُ ، وَلَهُ مِائَةٌ وَأَخِيهِ مِائَةٌ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ ،
 وَالشَّافِعِيَّ . وَقِيلَ ، عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ : لَا يَرِثُ ، وَالْمِائَتَانِ كُلُّهُمَا لِلأَبْنِ الْحُرِّ . وَقَالَ
 أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَرِثُ نِصْفَ نَفْسِهِ ، وَنِصْفَ الْمَائَتَيْنِ ، وَيَحْتَسِبُ بِقِيمَةِ نِصْفِهِ^(٣١)
 الْبَاقِي^(٣٢) مِنْ مِيرَاثِهِ . وَإِنْ كَانَ قِيمَتُهُ مَائَتَيْنِ ، وَبَقِيَّةُ التَّرِكَةِ مِائَةٌ ، عَتَقَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ،
 وَالْمِائَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتِقُ مِنْهُ نِصْفَهُ
 ، لِأَنَّهُ قَدَّرَ ثُلُثَ التَّرِكَةِ ، وَيَسْعَى فِي قِيمَةِ بَاقِيهِ ، وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَسْنَى عِنْدَهُ كَالْعَبْدِ
 لَا يَرِثُ إِلَّا فِي أَرْبَعَةِ مَوَاضِعَ : الرَّجُلُ يَعْتِقُ أُمَّتَهُ عَلَى أَنْ تَتَزَوَّجَهُ . وَالْمَرْأَةُ تَعْتِقُ عَبْدَهَا
 عَلَى أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ، فَيَأْتِيَانِ ذَلِكَ . / وَالْعَبْدُ الْمُوهُوبُ^(٣٣) يَعْتِقُهُ سَيِّدُهُ . وَالْمُسْتَشْتَرَى
 لِلْعَبْدِ يَعْتِقُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ وَهُمَا مُعْسِرَانِ . فَفِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ يَسْعَى كُلُّ وَاحِدٍ فِي قِيمَتِهِ ،
 وَهُوَ حُرٌّ يَرِثُ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَرِثُ نِصْفَ التَّرِكَةِ ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ
 رَقَبَتِهِ ، وَيَسْعَى فِي رُبْعِ قِيمَتِهِ لِأَخِيهِ . وَإِنْ وَهَبَ لَهُ ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ، لَا مَالَ
 لَهُ سِوَاهُنَّ ، وَلَا وَارِثَ ، عَتَقَنَّ^(٣٤) مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ . وَإِنْ كَانَ
 اشْتَرَاهُنَّ فَكَذَلِكَ ، فِيمَا ذَكَرَهُ الْخَبْرِيُّ عَنْ أَحْمَدَ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ ، وَأَهْلِ
 الْبَصْرَةِ ، وَبَعْضِ أَصْحَابِ مَالِكٍ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، يَعْتِقُ ثُلُثَهُنَّ ، فِي أَحَدِ
 الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَفِي الْآخَرِ يَعْتِقَنَّ كُلُّهُنَّ ؛ لَكَوْنِ وَصِيَّةٍ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ
 جَائِزَةٌ فِي جَمِيعِ مَالِهِ ، فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ . وَإِنْ تَرَكَ مَالًا يَحْرُجَنَّ مِنْ ثُلْثِهِ عَتَقَنَّ

(٣١) فِي م : : نِصْفٌ .

(٣٢) فِي أ : : الثَّانِي .

(٣٣) فِي أ ، م : : الْمَرْهُونُ .

(٣٤) فِي أ : : غَيْرَهُنَّ .

وَوَرِثَنَ . وقال أبو حنيفة : إذا اشترَاهُنَّ أو وَهَبَنَ لَهُ ، ولا مَالَ لَهُ سِوَاهُنَّ ، ولا وَاثَرَ ، عَتَقَنَ ، وَتَسَعَى كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأُخْتِ لِلأَبِ وَالْأُخْتِ لِلأُمِّ (٣٥) فِي نِصْفِ قِيمَتِهَا لِلأُخْتِ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَرِثَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَوْ وَرِثَا لَكَانَ لهُمَا خُمُسَا الرُّقَابِ ، وَذَلِكَ رَقَبَةٌ وَخُمُسٌ ، بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَكَانَ يَنْقَى عَلَيْهِمَا سِعَايَةٌ ، وَإِذَا بَقِيَتْ عَلَيْهِمَا سِعَايَةٌ لَمْ يَرِثَا ، وَكَانَتْ لهُمَا الْوَصِيَّةُ ، وَهِيَ رَقَبَةٌ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَأَمَّا الْأُخْتُ لِلأَبَوَيْنِ ، فَإِذَا وَرِثَتْ ، عَتَقَتْ ؛ لِأَنَّهَا ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ الرُّقَابِ ، وَذَلِكَ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهَا ، فَوَرِثَتْ وَبَطَلَتْ وَصِيَّتُهَا . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يَعْتَقَنَ (٣٦) ، وَتَسَعَى كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأُخْتِ (٣٧) مِنَ الأَبِ (٣٧) ، وَالْأُخْتِ مِنَ الأُمِّ ، لِلأُخْتِ مِنَ الأَبَوَيْنِ ، فِي خُمُسَيِ قِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَرِثُ ثَلَاثَةَ أَخْمَاسِ رَقَبَةٍ . وعلى قول الشافعي يَعْتَقَنَ .

فصل : وإن اشترى المريض أباه باللف ، لا مال له سِوَاهُ ، ثم مات ، وخلف ابنا ، فعلى القول الذي حكاه الخبري يَعْتَقُ كُلَّهُ عَلَى الْمَرِيضِ ، وَلَهُ وَلَآؤُهُ . وعلى قول القاضي يَعْتَقُ ثُلُثُهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَيَعْتَقُ بَاقِيَهُ / عَلَى الْإِبْنِ ؛ لِأَنَّهُ جَدُّهُ ، وَيَكُونُ ثُلُثُ وَلَآئِهِ لِلْمُشْتَرِي ، وَثُلُثَاهُ لِإِبْنِهِ . وهذا قول مالك . وقيل : هو مذهب للشافعي . وقال أبو حنيفة : يَعْتَقُ ثُلُثُهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَيَسَعَى لِلابْنِ فِي قِيمَةِ ثُلُثِيهِ . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يَعْتَقُ سُدُسُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَهُ ، وَيَسَعَى فِي خُمُسَةِ أَسَدَاسِ قِيمَتِهِ لِلابْنِ ، وَلَا وَصِيَّةَ لَهُ . وقيل على قول الشافعي : يُفْسَخُ الْبَيْعُ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْإِبْنُ عَتَقَهُ . وقيل : يُفْسَخُ فِي ثُلُثِيهِ ، وَيَعْتَقُ فِي (٣٨) ثُلُثِهِ ، وَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ ؛ لِتَفَرُّقِ (٣٩) الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ . وقيل :

٣٤/٦ ظ

(٣٥) في الأصل : « من الأم » .

(٣٦) في الأصل ، م : « تبعض » .

(٣٧ - ٣٧) في م : « للأب » .

(٣٨) سقط من : الأصل .

(٣٩) في ١ : « لتفريق » .

لا يَخْيَرُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتْلِفٌ ، فَإِنْ تَرَكَ الْفَيْنِ سِوَاهُ ، عَتَقَ كُلَّهُ ، وَوَرِثَ سُدُسَ الْأَلْفَيْنِ ،
وَالْبَاقِي لِلْأَبْنِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقِيلَ نَحْوُهُ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَقِيلَ
عَلَى قَوْلِهِ : يَعْتَقُ وَلَا يَرِثُ . وَقِيلَ : شِرَاؤُهُ مَفْسُوحٌ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَرِثُ
الْأَبُ سُدُسَ التَّرِكَةِ ، وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ ، يَحْتَسِبُ بِهَا مِنْ رَقَبَتِهِ ، وَيَسْعَى فِي نِصْفِ
قِيمَتِهِ ، وَلَا وَصِيَّةَ لَهُ . وَإِنْ اشْتَرَى ابْنُهُ بِالْأَلْفِ ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَمَاتَ ، وَخَلَفَ أَبَاهُ ،
عَتَقَ كُلَّهُ بِالشَّرَاءِ ، فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ . وَفِي الثَّانِي ، يَعْتَقُ ثُلُثَهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَثُلَاثَاهُ عَلَى جَدِّهِ
عِنْدَ الْمَوْتِ ، وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ . وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ
فِي مَسْأَلَةِ الْأَبِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتَقُ ثُلُثَهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَيَسْعَى فِي قِيمَةِ ثُلُثَيْهِ لِلْأَبِ ،
وَلَا يَرِثُ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَرِثُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِهِ ، وَيَسْعَى فِي قِيمَةِ
سُدُسِهِ . وَإِنْ تَرَكَ الْفَيْنِ سِوَاهُ ، عَتَقَ كُلَّهُ ، وَوَرِثَ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ الْأَلْفَيْنِ ، وَلِلْأَبِ
السُّدُسُ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : لِلْأَبِ سُدُسُ
التَّرِكَةِ خَمْسُمِائَةٍ ، وَبَاقِيهَا لِلْأَبْنِ يَعْتَقُ مِنْهَا ، وَيَأْخُذُ الْفَاوْخَمْسُمِائَةَ . وَإِنْ خَلَفَ مَالًا
يَخْرُجُ الْمَبِيعُ مِنْ ثُلُثِهِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَعْتَقُ كُلَّهُ ، وَيَرِثُ مِنْهُ . كَأَنَّهُ حُرٌّ الْأَصْلُ .
وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي . يَعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ ثُلُثِ التَّرِكَةِ / ، وَيَرِثُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، فَإِنْ
لَمْ يَخْلُفَ الْمُشْتَرَى أَبَا حُرًّا ، وَلَكِنْ خَلَفَ أُنْحَا حُرًّا ، وَلَمْ يَتْرِكْ مَالًا ، عَتَقَ مِنْ رَأْسِ
الْمَالِ ، عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، وَيَعْتَقُ ثُلُثَهُ عَلَى الثَّانِي ، وَيَرِثُ الْأَخُ ثُلُثَيْهِ ، ثُمَّ يَعْتَقُ عَلَيْهِ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتَقُ ثُلُثَهُ ، وَيَسْعَى لِعَمِّهِ فِي قِيمَةِ ثُلُثَيْهِ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ :
يَعْتَقُ كُلَّهُ ، وَلَا سِعَايَةَ . وَإِنْ خَلَفَ الْفَيْنِ سِوَاهُ عَتَقَ ، وَوَرِثَ الْأَلْفَيْنِ ، وَلَا شَيْءَ
لِلْأَخِ ، فِي الْأَقْوَالِ كُلِّهَا . إِلَّا مَا قِيلَ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ، إِنَّهُ يَعْتَقُ وَلَا يَرِثُ . وَقِيلَ :
شِرَاؤُهُ بَاطِلٌ ، فَإِنْ اشْتَرَى ابْنُهُ ^(٤٠) بِالْأَلْفِ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَقِيمَتُهُ ثُلَاثَا أَلْفٍ ، وَخَلَفَ
ابْنًا آخَرَ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَيَسْتَقْرِئُ مِلْكُ الْبَائِعِ عَلَى قَدْرِ قِيمَتِهِ
مِنَ الثَّمَنِ ، وَلَهُ ثُلُثُ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرَى حَابَاهُ بِهِ وَلَمْ يَبْقَ مِنَ التَّرِكَةِ سِوَاهُ ،
فَيَكُونُ لَهُ ثُلُثُهُ ، وَهُوَ تُسْعُ أَلْفٍ ، وَيُرَدُّ التُّسْعَيْنِ ، فَتَكُونُ بَيْنَ الْابْنَيْنِ . وَعَلَى الْوَجْهِ

٣٥/٦ و

(٤٠) فِي ١ ، م : : ابْنِيَّة .

الثاني ، يَعْتَقُ ثُلُثَهُ ، وَيَرِثُ أَخُوهُ ثُلُثَيْهِ^(٤١) ، فَيَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَلِلْبَائِعِ ثُلُثُ الْمُحَابَاةِ ، وَيُرَدُّ ثُلُثُهَا ، فَيَكُونُ مِيرَاثًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الثُّلُثُ لِلْبَائِعِ ، وَيَسْنَعِي الْمُشْتَرِي فِي قِيمَتِهِ لِأَخِيهِ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَسْنَعِي فِي نَصِيفِ رَقَبَتِهِ ، وَيَرِثُ نِصْفَهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : الْمُحَابَاةُ مُقَدَّمَةٌ لِتَقْدِيمِهَا^(٤٢) ، وَيَرِثُ الْإِبْنُ الْحُرُّ أَخَاهُ فِيمِلْكُهُ . وَقِيلَ : يُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي ثُلُثَيْهِ ، وَيَعْتَقُ ثُلُثُهُ ، وَلَا تُقَدَّمُ الْمُحَابَاةُ ؛ لِأَنَّ فِي تَقْدِيمِهَا تَقْرِيرَ مِلْكِ الْأَبِ عَلَى وَلَدِهِ . وَقِيلَ : يُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي جَمِيعِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ ثُلُثَ الْأَلْفِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَتُنْفَذُ الْمُحَابَاةُ فِي ثُلْثِ الْبَاقِي ، وَهُوَ تُسْعَا أَلْفٌ ، وَيُرَدُّ الْبَائِعُ أَرْبَعَةَ أَتْسَاعِ أَلْفٍ ، فَتَكُونُ بَيْنَ الْإِبْنَيْنِ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَقْدِيمُ الْعِتْقِ عَلَى الْمُحَابَاةِ ، فَيَعْتَقُ جَمِيعَهُ ، وَيُرَدُّ الْبَائِعُ ثُلُثِي الْأَلْفِ ، فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا . وَالثَّانِي ، أَنْ يَعْتَقُ ثُلُثَهُ ، وَيَكُونُ لِلْبَائِعِ تُسْعَا أَلْفٍ ، وَيُرَدُّ أَرْبَعَةَ أَتْسَاعِهَا ، / كَمَا قُلْنَا فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لِلْبَائِعِ بِالْمُحَابَاةِ الثُّلُثُ ، وَيُرَدُّ الثُّلُثُ ، وَيَسْنَعِي الْإِبْنُ فِي قِيمَتِهِ لِأَخِيهِ . وَفِي قَوْلِ أَبِي يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٍ : يُرَدُّ الْبَائِعُ ثُلُثُ الْأَلْفِ ، فَيَكُونُ لِلْإِبْنِ الْحُرِّ ، وَيَعْتَقُ الْآخَرُ بِنَصِيبِهِ مِنَ الْمِيرَاثِ . وَقِيلَ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ : يُرَدُّ الْبَائِعُ ثُلُثُ الْأَلْفِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ مَعَ الْإِبْنِ الْمُشْتَرِي لِلْحُرِّ . وَقِيلَ غَيْرُ ذَلِكَ . وَإِنْ اشْتَرَاهُ بِالْأَلْفِ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَقِيمَتُهُ ثَلَاثَةُ آلَافٍ ، فَمَنْ أَعْتَقَهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ جَعَلَهُ حُرًّا ، وَمَنْ جَعَلَ ذَلِكَ وَصِيَّةً لَهُ ، أَعْتَقَ ثُلُثَهُ بِالْشَّرَاءِ ، وَيَعْتَقُ بَاقِيَهُ عَلَى أَخِيهِ ، إِلَّا فِي قَوْلِ^(٤٣) الشَّافِعِيِّ وَمَنْ وَافَقَهُ ، فَإِنَّ الْحُرَّ يَمْلِكُ بَقِيَّةَ أَخِيهِ^(٤٤) ، فَيَمْلِكُ مِنْ رَقَبَتِهِ قَدْرَ ثُلُثِي الثَّمَنِ ، وَذَلِكَ تُسْعَا رَقَبَةٍ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ ثَمَنَهُ مِنَ الثُّلُثِ دُونَ قِيمَتِهِ . وَقِيلَ : يُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي ثُلُثَيْهِ . وَقِيلَ : فِي جَمِيعِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَسْنَعِي لِأَخِيهِ فِي قِيمَةِ ثُلُثَيْهِ .

ط ٣٥/٦

(٤١) فِي ١ ، م : وَ ثَلَاثُهُ .

(٤٢) فِي الْأَصْلِ ، م : وَ لِتَقْدِيمِهَا .

(٤٣) فِي ١ ، م : قَوْلِي .

(٤٤) فِي ١ ، م : وَ أَخُوهُ .

وقال أبو يوسف ، ومحمد : يَسْعَى له في نَصْفِ قِيَمَتِهِ . فَإِنْ تَرَكَ الْفَيْنِ سِوَاهُ عَتَقَ كُلَّهُ ؛
لأنَّ التَّرِكَهَ هِيَ الثَّمَنُ مع الألفَيْنِ ، والثَّمَنُ يُخْرَجُ من الثَّلَاثِ ، فَيَعْتَقُ وَيَرِثُ نِصْفَ
الألفَيْنِ . وهو قول الشافعي . وقيل : يَعْتَقُ ، ولا يَرِثُ . وعند أبي حنيفة وأصحابه :
التَّرِكَهَ قِيَمَتُهُ مع الألفَيْنِ ، وذلك خَمْسَةُ آلَافٍ . فعلى قول أبي حنيفة يَعْتَقُ منه قَدْرُ ثُلْثِ
ذلك ، وهو أَلْفٌ وَثُلَاثَا أَلْفٍ ، وَيَسْعَى لِأَخِيهِ في أَلْفٍ ^(٤٥) وَثُلْثِ أَلْفٍ . وفي قول
صاحبه : يَعْتَقُ منه نِصْفُ ذلك ، وهو خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ ، وَيَسْعَى لِأَخِيهِ في
خَمْسِمِائَةٍ ، والألفان لِأَخِيهِ في قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . ولو اشْتَرَى الْمَرِيضُ ابْنَهُ عَمَلَهُ بِأَلْفٍ ،
لا يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَقِيَمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفٌ ، فَأَعْتَقَ أَحَدَهُمَا ، ثُمَّ وَهَبَهُ أَخَاهُ ، ثُمَّ مَاتَ
وَخَلَفَهُمَا وَخَلَفَ مَوْلَاهُ ، فَإِنْ قِيَاسَ قَوْلِ الْقَاضِي ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَنْ يَعْتَقُ ثُلَاثَا الْمُعْتَقِ ،
إِلَّا أَنْ يُحِيزَ الْمَوْلَى عَتَقَ جَمِيعَهُ ، ثُمَّ يَرِثُ بِثُلَاثَيْ ثُلَاثِي بَقِيَّةِ التَّرِكَهَ ، فَيَعْتَقُ منه ^(٤٦) ثَمَانِيَةَ
أَتْسَاعِهِ ، وَيَبْقَى ثُسُعُهُ وَثُلْثُ أَخِيهِ لِلْمَوْلَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ كُلَّهُ ، وَيَرِثَ أَخَاهُ ،
فَيَعْتِقَانِ جَمِيعًا ، لِأَنَّهُ يَصِيرُ / بِالْإِعْتَاقِ وَارِثًا لثُلَاثِي التَّرِكَهَ ، فَتَنْفُذُ إِجَارَتُهُ فِي إِعْتَاقِ بَاقِيهِ ،
فَتَكْمُلُ لَهُ الْحُرِّيَّةُ ، ثُمَّ يَكْمُلُ الْمِيرَاثُ لَهُ . وفي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي الْخَطَّابِ : يَعْتَقُ ثُلَاثَاهُ ،
وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ لَكَانَ إِعْتَاقًا وَصِيَّةً لَهُ ، فَيَبْطُلُ إِعْتَاقُهُ ، ثُمَّ يَبْطُلُ إِرْثُهُ ، فَيُؤَدَّى
تَوْرِيثُهُ إِلَى إِبْطَالِ تَوْرِيثِهِ . وهذا قول الشافعي ^(٤٧) ، وَيَبْقَى ثُلَاثُهُ وَابْنُ الْعَمِّ الْآخَرُ
لِلْمَوْلَى . وقال أبو حنيفة : يَعْتَقُ ثُلَاثَا الْمُعْتَقِ ، وَيَسْعَى في قِيَمَةِ ثُلَاثِهِ ، وَلَا يَرِثُ . وقال
أبو يوسف ، ومحمد : يَعْتَقُ كُلَّهُ ، وَيَعْتَقُ عَلَيْهِ أَخُوهُ بِالْهَبَةِ ، وَيَكُونَانِ أَحَقَّ بِالْمِيرَاثِ
من الْمَوْلَى ، فَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ سِوَاهُمَا ، أَخَذَ ذَلِكَ الْمَالُ بِالْمِيرَاثِ ، وَيَعْرُمُ
الْمُعْتَقُ ^(٤٨) لِأَخِيهِ الْمُؤْهَبِ نِصْفَ ^(٤٩) قِيَمَةِ نَفْسِهِ ^(٤٩) وَنِصْفِ قِيَمَةِ أَخِيهِ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ

(٤٥) في م : « الألف » .

(٤٦) في زيادة : « لقدّر » .

(٤٧) في م : « للشافعي » .

(٤٨) في م : « بالمعتق » .

(٤٩ - ٤٩) في م : « قيمته » .

الأول وصية له^(٥٠) ، ولا وصية لوارث ، وقد صار وارثاً مع أخيه ، فوُثِرَ نِصْفَ قيمة رقبته^(٥١) ، ونُصِفَ قيمة أخيه ، ووُثِرَ أخوه الباقي ، وكان أخوه الموهوب له هبة من المريض له^(٥٢) ، فيعتق^(٥٣) بقرابته منه ، ولم يعتق من المريض ، فلم يكن عتقه وصية ، بل استهلكها بالعتق الذي جرى فيها ، فيعزم الأول نصف قيمته ونصف قيمة أخيه لأخيه . وأما قول أبي حنيفة ، فإن كان الميت لم يدع وارثاً غيرهما عتقاً ، وغرم الأول لأخيه نصف قيمة^(٥٤) أخيه ، ولم يعزم له نصف قيمة^(٥٥) نفسه ؛ لأنه إذا لم يدع وارثاً ، جازت وصيته ؛ لأنهما لا يرثان ، ولا يعتقان حتى تجوز وصية الأول ، لأنه متى بقيت عليه سعاية ، لم يرث واحد منهما ، ولم يعتق ، فلا بد من أن يُنفذ للمعتق وصية ليصير حراً فيعتق أخوه بعتقه ، وقد جازت له الوصية في جميع رقبته ؛ لأن الميت إذا لم يدع وارثاً ، جازت وصيته بجميع ماله ، ويرثان جميعاً ، ويرجع الثاني على الأول بنصف قيمته ؛ لأنه يقول : قد صرث أنا وأنت وارثين ، فلا تأخذ من الميراث شيئاً دوني ، وقد كانت رقبتي لك وصية وعتقت من قبلك ، فاضمن لي نصف رقبتي . فإن كان / معسراً وهناك مال غيرهما ، أخذ الثاني نصفه ، ثم أخذ من النصف الثاني نصف قيمة نفسه ، وكان ما بقي ميراثاً لأخيه الأول .

ظ ٣٦/٦

فصل : وإذا كان للمريض ثلاثة آلاف ، فتبرع باللف ، ثم اشترى أباه مما بقي ، وله ابن ، فعلى قول من قال ليس الشراء وصية : يعتق الأب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت ، وما بقي فللأب سدسه ، وباقيه للأبن . وعلى قول القاضي ومن جعله وصية : لا يعتق الأب^(٥٥) ؛ لأن تبرع المريض إنما ينفذ في الثلث ، ويقدم الأول فالأول ، وإذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء ، ويرثه الابن ، فيعتق عليه ،

(٥٠) سقط من : الأصل .

(٥١) في م : « نفسه » .

(٥٢) سقط من : م .

(٥٣) في م : « فعتق » .

(٥٤) في م : « قيمته » .

(٥٥) في م : « أب » .

ولا يَرِثُ ؛ لأنه إنما عَتَقَ بعدَ المَوْتِ . وإن وُهِبَ له أبوه ، عَتَقَ ، وَوَرِثَ ؛ لأنَّ الهَبَةَ ليست بِوَصِيَّةٍ ، وكذلك إن وَرِثَهُ . وإن اشْتَرَى أباهُ ، ثم أَعْتَقَهُ ، لم يَغْتَقِ عَلَى قول القاضى ؛ لأنه إذا لم يَغْتَقِ بِالْمِلْكِ ، وهو أقوى من الإغْتَاقِ بالقول ، بِدَلِيلِ نَفْوِذِهِ فى (٥٦) حَقِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، فَأُولَى أَنْ لَا يَنْفَذَ بالقول .

فصل : وإن مَلَكَ المَرِيضُ مَنْ يَرِثُهُ مِمَّنْ لَا يَغْتَقِ عَلَيْهِ ، كَابْنِ عَمِّهِ ، فَأَعْتَقَهُ فى مَرَضِهِ ، كان إغْتَاقُهُ وَصِيَّةً مُعْتَبَرَةً مِنَ الثُّلْثِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَفْرَعَ بَيْنَ الْعَبِيدِ الَّذِينَ أَعْتَقَهُمْ مَالَهُمْ عِنْدَ مَوْتِهِ ، ولم يكن له مَالٌ سِوَاهُمْ (٥٧) ، فَأَعْتَبَرُ عِتْقَهُمْ مِنَ الثُّلْثِ . فعلى هذا يُعْتَبَرُ خُرُوجُ الْمُعْتَقِ مِنَ الثُّلْثِ ، فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ عَتَقَ وَلَمْ يَرِثْ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، فى مَرِيضِ مَلَكَ ابْنِ عَمِّهِ فى مَرَضِهِ ، فَأَقْرَبَ بَأَنَّهُ كَانَ أَعْتَقَهُ فى صِحَّتِهِ ، عَتَقَ وَلَمْ يَرِثْ ؛ لأنه لو وَرِثَ لَكَانَ إِقْرَارُهُ لِوَارِثٍ ، فَلَا يُقْبَلُ ، فَيُؤَدَّى تَوْرِيثُهُ إِلَى إِبْطَالِ عِتْقِهِ ، ثُمَّ يَبْطُلُ مِيرَاثُهُ ، فَكَانَ إغْتَاقُهُ مِنْ غَيْرِ تَوْرِيثٍ أَوَّلَى . وَمُقْتَضَى قول القاضى ، أَنَّهُ يَغْتَقِ وَيَرِثُ ؛ لأنه حُرٌّ حِينَ مَوْتِ مَوْرُوثِهِ ، ليس بِقَاتِلٍ ، وَلَا مُحَالِفٍ لِدِينِهِ ، فَوَرِثَ (٥٨) ، كَمَا لو وَرِثَهُ . وإن لم يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ ، عَتَقَ / مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلْثِ . وَلَا يَرِثُ ، عَلَى القولِ الْأَوَّلِ . وعلى قول القاضى ، يَنْبَغِي أَنْ يَرِثَ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، عَلَى مَا ذَكَرَ (٥٩) فى الْمُعْتَقِ بَعْضُهُ .

فصل : وما لَزِمَ المَرِيضُ فى مَرَضِهِ مِنْ حَقٍّ لَا يُمَكِّنُهُ دَفْعُهُ وَإِسْقَاطُهُ ، كَأَرْشِ الْجَنَائِةِ ، وَجَنَائَةِ عَبْدِهِ ، وَمَا عَاوَضَ عَلَيْهِ بِثَمَنِ الْمِثْلِ ، وَمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ ، فَهُوَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . لَا تَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَهَذَا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَكَذَلِكَ النِّكَاحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ جَائِزٌ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لأنه صَرَفٌ لِمَالِهِ فى حَاجَةِ نَفْسِهِ ، فَيَقْدَمُ بِذَلِكَ

(٥٦) فى م : « قى » .

(٥٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩٥ .

(٥٨) فى م : « ويرث » .

(٥٩) فى م : « يذكر » .

على واريته . وكذلك لو اشترى جاريةً يستمتع بها ، كَثِيرَةَ الثمن ، بِثَمَنِ مِثْلِهَا ، أو اشترى من الأَطْعِمَةِ التي لا يَأْكُلُ مِثْلَهُ مِثْلَهَا^(٦٠) جَارَ ، وصَحَّ شِرَاؤُهُ له^(٦١) ؛ لِأَنَّهُ صَرَفَ لِمَالِهِ^(٦٢) فِي حَاجَتِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، أَوْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ، قُدِّمَ بِذَلِكَ عَلَى وَارِيتهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾^(٦٣) .

فصل : فَأَمَّا إِنْ قَضَى الْمَرِيضُ بَعْضَ غُرْمَائِهِ ، وَوَفَّتْ تَرَكَتُهُ بِسَائِرِ الدُّيُونِ ، صَحَّ قَضَاؤُهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لِسَائِرِ الْغُرْمَاءِ الْإِعْتِرَاضُ عَلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يَفِ بِهَا ، فَبِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ لِسَائِرِ الْغُرْمَاءِ الرَّجُوعَ عَلَيْهِ ، وَمُشَارَكَتَهُ فِيمَا أَخَذَهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ حُقُوقَهُمْ تَعَلَّقَتْ بِمَالِهِ^(٦٤) بِمَرَضِهِ ، فَمَنَعَتْ تَصَرُّفَهُ فِيهِ بِمَا يَنْقُصُ دُيُونَهُمْ ، كَتَبَرُّعِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ وَصَّى بِقَضَاءِ بَعْضِ دُيُونِهِ لَمْ يَجُزْ ، فَكَذَلِكَ إِذَا قَضَاهَا . وَالثَّانِي ، أَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَ الْإِعْتِرَاضَ عَلَيْهِ ، وَلَا مُشَارَكَتَهُ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ، وَمَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى وَاجِبًا عَلَيْهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا فَأَدَّى ثَمَنَهُ ، أَوْ بَاعَ بَعْضَ مَالِهِ وَسَلَّمَهُ ، وَيُفَارِقُ الْوَصِيَّةَ ، فَإِنَّهُ لَوْ اشْتَرَى ثِيَابًا مُثْمَنَةً صَحَّ ، وَلَوْ وَصَّى بِتَكْفِينِهِ فِي ثِيَابٍ مُثْمَنَةٍ لَمْ يَصَحَّ ، يُحَقِّقُ هَذَا أَنَّ إِيْقَاءَ/ ثَمَنِ الْمَبِيعِ قَضَاءٌ لِبَعْضِ غُرْمَائِهِ ، وَقَدْ صَحَّ عَقِيبَ الْبَيْعِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا تَرَخَى ، إِذَا لَا أَثَرَ لِتَرَخِيهِ .

ظ ٣٧/٦

فصل : وَإِذَا تَبَرَّعَ الْمَرِيضُ ، أَوْ أَعْتَقَ ، ثُمَّ أَقْرَبَ بَدَنَيْنِ ، لَمْ يَبْطُلْ تَبَرُّعُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ فِي مَرَضِهِ ، ثُمَّ أَقْرَبَ بَدَنَيْنِ . عَتَقَ الْعَبْدَ ، وَلَمْ يُرَدِّ إِلَى الرَّقِّ . وَهَذَا لِأَنَّ الْحَقَّ ثَبَتَ^(٦٥) بِالتَّبَرُّعِ فِي الظَّاهِرِ ، فَلَمْ يَقْبَلْ إِقْرَارُهُ فِيمَا يَبْطُلُ بِهِ حَقُّ غَيْرِهِ .

(٦٠) فِي م : « مِنْهَا » .

(٦١) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦٢) فِي م : « لِمَالِهِ » .

(٦٣) سُورَةُ النِّسَاءِ ١١ .

(٦٤) فِي م : « بِثَمَنِ » .

فصل: وَيُعْتَبَرُ فِي الْمَرِيضِ الَّذِي هَذِهِ أَحْكَامُهُ شَرْطَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يُتَّصَلَ بِمَرَضِهِ الْمَوْتُ ، وَلَوْ صَحَّ مِنْ (٦٥) مَرَضِهِ الَّذِي أُعْطِيَ فِيهِ ، ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَحُكْمُ عَطِيَّتِهِ حُكْمُ عَطِيَّةِ الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَرَضٍ الْمَوْتُ . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ مَخُوفًا ، وَالْأَمْرَاضُ (٦٦) أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ ؛ غَيْرُ مَخُوفٍ ، مِثْلُ وَجَعِ الْعَيْنِ ، وَالضَّرْسِ ، وَالصَّدَاعِ الْيَسِيرِ ، وَحُمَّى سَاعَةٍ ، فَهَذَا حُكْمُ صَاحِبِهِ حُكْمُ الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخَافُ مِنْهُ فِي الْعَادَةِ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، الْأَمْرَاضُ الْمُتَمَتِّدَةُ ؛ كَالْجُدَامِ ، وَحُمَّى الرَّبْعِ (٦٧) ، وَالْفَالِجِ (٦٨) فِي أَثْنَائِهِ ، وَالسَّلُّ فِي أَثْنَائِهِ ، وَالْحُمَّى الْغَيْبُ (٦٩) ، فَهَذَا الضَّرْبُ إِنْ أَضْنَى صَاحِبَهَا عَلَى فِرَاشِهِ ، فَهِيَ مَخُوفَةٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبَ فِرَاشٍ ، بَلْ كَانَ يَذْهَبُ وَيَجِيءُ ، فَقَطَايَاهُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا تَحْقِيقُ الْمَذْهَبِ فِيهِ . وَقَدْ رَوَى حَرْبٌ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي وَصِيَّةِ الْمَجْدُومِ وَالْمَفْلُوجِ : مِنْ الثَّلَاثِ . وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُمَا صَارَا صَاحِبِي فِرَاشٍ . وَبِهِ يَقُولُ الْأَوْزَاعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ وَجْهًا (٧٠) فِي صَاحِبِ الْأَمْرَاضِ الْمُتَمَتِّدَةِ ، أَنَّ عَطِيَّتَهُ مِنْ صُلْبِ الْمَالِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخَافُ تَعَجُّيلُ (٧١) الْمَوْتِ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَرَاهُ فَهُوَ كَالْهَرِمِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَرِيضٌ صَاحِبُ فِرَاشٍ يَحْشَى التَّلَفَ ، فَأَشَبَّهُ صَاحِبَ الْحُمَّى الدَّائِمَةِ ، وَأَمَّا الْهَرِمُ فَإِنْ صَارَ صَاحِبُ فِرَاشٍ ، فَهُوَ كَمَسَائِلِنَا . الضَّرْبُ الثَّلَاثُ ، مَنْ تَحَقَّقَ تَعَجُّيلُ مَوْتِهِ ، فَيَنْظَرُ فِيهِ ؛ فَإِنْ كَانَ عَقْلُهُ قَدْ اخْتَلَّ ، مِثْلُ مَنْ ذُبِحَ ، أَوْ أُبَيِّنَتْ حَشَوَتُهُ ، فَهَذَا لَا حُكْمَ لِكَلَامِهِ وَلَا لِعَطِيَّتِهِ ، لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى لَهُ عَقْلٌ ثَابِتٌ ، وَإِنْ كَانَ ثَابِتَ الْعَقْلِ ، كَمَنْ خَرِقَتْ حَشَوَتُهُ ،

و ٣٨/٦

(٦٥) فِي م : ٥ ؛ فِي ٤ .

(٦٦) فِي م زِيَادَةٌ : ٥ ؛ عَلَى ٤ .

(٦٧) حُمَّى الرَّبْعِ : هِيَ الَّتِي تَعْرِضُ لِلْمَرِيضِ يَوْمًا وَتَدَعُهُ يَوْمَيْنِ ثُمَّ تَعُودُ إِلَيْهِ فِي الْيَوْمِ الرَّابِعِ .

(٦٨) الْفَالِجُ : شَلْلٌ يَصِيبُ أَحَدَ شَقَى الْجِسْمِ طَوْلًا .

(٦٩) حُمَّى الْغَيْبِ : الَّتِي تَنْوِبُ يَوْمًا بَعْدَ يَوْمٍ .

(٧٠) فِي ١ ، م : ٥ ؛ وَجْهَانِ .

(٧١) فِي الْأَصْلِ : ٥ ؛ تَعَجُّلٍ .

أو اشتدَّ مَرَضُهُ ولم يَتَغَيَّرْ عَقْلُهُ ، صَحَّ تَصَرُّفُهُ وَتَبَرُّعُهُ ، وَكَانَ تَبَرُّعُهُ مِنَ الثُّلُثِ ، فَإِنَّ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، خَرَجَتْ حَشَوْنَتُهُ ، فَقَبِلَتْ وَصِيَّتَهُ ، وَلَمْ يُخْتَلَفْ فِي ذَلِكَ . وَعَلَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، بَعْدَ ضَرْبِ ابْنِ مُلْجِمٍ لَهُ ^(٧٢) أَوْصَى وَأَمَرَ وَنَهَى ، فَلَمْ يُحْكَمْ بِبَطْلَانِ قَوْلِهِ . الضَّرْبُ الرَّابِعُ ، مَرَضٌ مَخُوفٌ ، لَا يُتَعَجَّلُ مَوْتُ صَاحِبِهِ يَقِينًا ، لَكِنَّهُ يَخَافُ ذَلِكَ ، كَالْبِرْسَامِ ، وَهُوَ يُخَارَّ يَرْقَى ^(٧٣) إِلَى الرَّأْسِ ، وَيُؤَثِّرُ فِي الدِّمَاغِ ، فَيَحْتَلُّ الْعَقْلَ ^(٧٤) ، وَالْحُمَّى الصَّالِبَ ^(٧٥) ، وَالرُّعَافَ الدَّائِمَ ؛ لِأَنَّهُ يُصَفَّى الدَّمُ ، فَيُذْهِبُ الْقُوَّةَ ، وَذَاتَ الْجَنْبِ ، وَهُوَ قَرَحٌ بِبَاطِنِ الْجَنْبِ ، وَوَجَعَ الْقَلْبَ وَالرِّئَةَ ؛ فَإِنَّهَا لَا تَسْكُنُ حَرَكَتَهَا ، فَلَا يَنْدَمِلُ جُرْحُهَا ، وَالْقَوْلَجُ ، وَهُوَ أَنْ يَنْعَقِدَ الطَّعَامُ فِي بَعْضِ الْأَمْعَاءِ ، وَلَا يَنْزِلَ عَنْهُ ، فَهَذِهِ كُلُّهَا مَخُوفَةٌ ، سَوَاءٌ كَانَ مَعَهَا حُمَّى أَوْ لَمْ يَكُنْ ، وَهِيَ مَعَ الْحُمَّى أَشَدُّ خَوْفًا . فَإِنْ تَأَوَّرَ الدَّمُ ، وَاجْتَمَعَ فِي عُضْوٍ ، كَانَ مَخُوفًا ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْحَرَارَةِ الْمُفْرِطَةِ . وَإِنْ هَاجَتْ بِهِ الصَّفْرَاءُ ، فَهِيَ مَخُوفَةٌ ؛ لِأَنَّهَا تُورِثُ يَبُوسَةً ، وَكَذَلِكَ الْبَلْعَمُ إِذَا هَاجَ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ شِدَّةِ الْبُرُودَةِ ، وَقَدْ تَغَلَّبَ عَلَى الْحَرَارَةِ الْغَرِيزِيَّةِ فَتَقَطَّعَتْهَا . وَالطَّاعُونُ مَخُوفٌ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ شِدَّةِ الْحَرَارَةِ ، لِأَنَّهُ يَكُونُ فِي جَمِيعِ الْبَدَنِ . وَأَمَّا الْإِسْهَالُ ، فَإِنْ كَانَ مُنْخَرِقًا لَا يُمَكِّنُهُ مَنَعُهُ وَلَا إِمْسَاكُهُ ، فَهُوَ مَخُوفٌ ، وَإِنْ كَانَ سَاعَةً ؛ لِأَنَّ مَنْ لَحِقَهُ ذَلِكَ أَسْرَعَ فِي هَلَاكِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُنْخَرِقًا ، لَكِنَّهُ يَكُونُ تَارَةً وَيَنْقَطِعُ أُخْرَى ، فَإِنْ كَانَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ ، فَلَيْسَ بِمَخُوفٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ يَكُونُ مِنْ فَضْلَةِ الطَّعَامِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَ زَجِيرٍ وَتَقَطِّيعٍ كَأَنَّ ^(٧٦) يَخْرُجُ مُتَقَطِّعًا ، فَإِنَّهُ يَكُونُ مَخُوفًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُضْعِفُ . وَإِنْ دَامَ الْإِسْهَالُ ، فَهُوَ مَخُوفٌ ، سَوَاءٌ كَانَ مَعَ زَجِيرٍ أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَمَا أَشْكَلَ أَمْرُهُ مِنَ الْأَمْرَاضِ ، رُجِعَ فِيهِ إِلَى قَوْلِ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ ، وَهُمْ الْأَطِبَّاءُ

(٧٢) سقط من : م .

(٧٣) في ١ : يرتقى .

(٧٤) في زيادة : به .

(٧٥) الحمى الصالب : الشديدة الحرارة .

(٧٦) في الأصل : كأنه .

لأنهم^(٧٧) أهل الخبرة بذلك / والتجربة والمعرفة ، ولا يُقبل إلا قول طيبين مسلمين ٣٨/٦ ظ
 ثقتين بالعين ؛ لأن ذلك يتعلّق به حقّ الوارث وأهل العطايا ، فلم يُقبل فيه إلا ذلك .
 وقياس قول الخرقى ، أنّه يُقبل قول الطبيب العدل ، إذا لم يُقدّر على طيبين ، كما
 ذكر^(٧٨) في باب الدعاوى . فهذا الضرب وما أشبهه ، عطاياه صحيحة ؛ لما ذكرناه
 من قصة عمر ، رضى الله عنه ، فإنّه لما جرح سقاء الطبيب لبنا ، فخرج من جرحه ،
 فقال له الطبيب : اعهد إلى الناس . فعهد إليهم ووصى ، فاتفق الصحابة على قبول عهده
 ووصيته . وأبو بكر لما اشتدّ مرضه ، عهد إلى عمر ، فنقدّ عهده .

٩٧١ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ الْحَامِلُ إِذَا صَارَ لَهَا سِتَّةَ أَشْهُرٍ)

يعنى عطيتها من الثلث . وهذا قول مالك . وقال إسحاق : إذا أثقلت لا يجوز
 لها إلا الثلث . ولم يجد . وحكاها ابن المنذر عن أحمد . وقال سعيّد بن المسيّب ،
 وعطاء ، وقتادة : عطية الحامل من الثلث . وقال أبو الخطاب : عطية الحامل من رأس
 المال ، ما لم يضربها المخاض ، فإذا ضربها المخاض ، فعطيتها من الثلث . وبهذا
 قال النخعي ، ومكحول ، ويحيى الأنصاري ، والأوزاعي ، والثوري ، والعنبري ،
 وابن المنذر . هو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لأنها قبل ضرب المخاض لا تخاف
 الموت^(١) ، ولأنّها إنّما تخاف الموت إذا ضربها الطلق ، فأشبهت صاحب
 الأمراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش . وقال الحسن ، والزهرى : عطيتها
 كعطية الصحيح . وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأنّ الغالب سلامتها . ووجه قول
 الخرقى أنّ ستة الأشهر وقت يمكن الولادة فيه ، وهى من أسباب التلف .

(٧٧) سقط من : م .

(٧٨) في م : ذكرناه .

(١) سقط من : الأصل .

والصحيح ، إن شاء الله ، أنها إذا ضربها الطلق ، كان مخوفاً ؛ لأنه ألم شديد يخاف منه التلّف ، فأشبهت صاحب سائر الأمراض المخوفة . وأما قبل ذلك ، فلا ألم بها ، واختال وجوده بخلاف العادة ، فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد / مع عدمه ، كالصحيح ، فأما بعد الولادة ، فإن بقيت المشيمة معها ، فهو مخوف ، وإن مات الولد معها ، فهو مخوف ؛ لأنه يصعب خروجه ، وإن وضعت الولد ، وخرجت المشيمة ، وحصل ثم ورم أو ضربان شديد ، فهو مخوف ، وإن لم يكن شيء من ذلك ، فقد روى عن أحمد في النفساء : إن كانت ترى الدم ، فعطيتها من الثلث . ويحتمل أنه أراد بذلك إذا كان معه ألم للزومه لذلك في الغالب . ويحتمل أن يحمل على ظاهره ، فإنها إذا كانت ترى الدم ، كانت كالمریض ، وحكمها بعد السقط كحكمها بعد وضع الولد التام . وإن أسقطت مضغة أو علقة ، فلا حكم له ، إلا أن يكون ثم مرض أو ألم . وهذا كله مذهب الشافعي ، إلا أن مجرد الدم عنده ليس بمخوف . . .

و ٣٩/٦

فصل : ويحصل الخوف بغير ما ذكرناه ، في مواضع خمسة ، تقوم مقام المرض ؛ أحدها ، إذا التحم الحرب ، واختلطت الطائفتان للقتال ، وكانت كل طائفة مكافئة للآخرى أو مقهورة . فأما القاهرة منهما بعد ظهورها ، فليست خائفة . وكذلك إذا لم يختلطوا ، بل كانت كل واحدة منهما متميزة ، سواء كان بينهما رمي بالسهم أو لم يكن فليست حالة خوف . ولا فرق بين كونه الطائفتين متفقتين في الدين أو متفترقتين . وبه قال مالك ، والأوزاعي ، والثوري . ونحوه عن مكحول . وعن الشافعي قولان ؛ أحدهما ، كقول الجماعة . والثاني ، ليس بمخوف ؛ لأنه ليس بمریض . ولنا ، أن توقع التلّف ههنا كتوقع المرض^(٢) أو أكثر ، فوجب أن يلحق به ، ولأن المرض إنما يجعل مخوفاً لخوف صاحبه التلّف ، وهذا كذلك . قال أحمد :

(٢) في الأصل ، ١ : المرض .

إِذَا حَضَرَ الْقِتَالُ ، كَانَ عِثْقُهُ مِنَ الثُّلُثِ . وَعَنْهُ : إِذَا التَّحَمَّ الْحَرْبُ ، فَوَصِيَّتُهُ مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ . فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجْعَلَ هَذَا رِوَايَةً ثَانِيَةً ، وَتُسَمَّى الْعَطِيَّةُ وَصِيَّةً تَجَوُّزًا ؛ / لِكُونِهَا فِي حُكْمِ الْوَصِيَّةِ ، وَلِكُونِهَا عِنْدَ الْمَوْتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى حَقِيقَتِهِ فِي صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ . لَكِنْ يَقِفُ الزَّائِدُ عَلَى الثُّلُثِ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرِثَةِ ، فَإِنْ حُكِمَ وَصِيَّةُ الصَّحِيحِ وَخَائِفِ التَّلْفِ وَاحِدًا . الثَّانِيَةِ ، إِذَا قُدِّمَ لِيُقْتَلَ ، فَهِيَ حَالَةٌ خَوْفٍ ، سِوَا أَنْ يُرِيدَ قَتْلُهُ لِلْقَصَاصِ ، أَوْ لِغَيْرِهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ مَخُوفٌ . وَالثَّانِي ، إِنْ جُرِحَ فَهُوَ مَخُوفٌ ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّهُ صَحِيحُ الْبَدَنِ ، وَالظَّاهِرُ الْعَفْوُ عَنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّهْدِيدَ بِالْقَتْلِ جُعِلَ إِكْرَاهًا يَمْنَعُ وَقُوعَ الطَّلَاقِ ، وَصِحَّةَ الْبَيْعِ ، وَبُيُحُّ كَثِيرًا مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ ، وَلَوْلَا الْخَوْفُ لَمْ تُثَبِّتْ هَذِهِ الْأَحْكَامُ ، وَإِذَا حُكِمَ لِلْمَرِيضِ وَحَاضِرِ الْحَرْبِ بِالْخَوْفِ مَعَ ظُهُورِ السَّلَامَةِ ، وَبَعْدَ وُجُودِ التَّلْفِ ، فَمَعَ ظُهُورِ التَّلْفِ وَقُرْبِهِ أَوَّلَى ، وَلَا عِبْرَةَ بِصِحَّةِ الْبَدَنِ فَإِنَّ الْمَرَضَ لَمْ يَكُنْ مُثْبِتًا لِهَذَا الْحُكْمِ لِعَيْنِهِ ، بَلْ لِيَخَوْفِ إِفْضَائِهِ إِلَى التَّلْفِ ، فَيُثَبِّتُ ^(٣) الْحُكْمُ هُنَا بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ ، لِظُهُورِ التَّلْفِ . الثَّالِثَةِ ، إِذَا رَكِبَ الْبَحْرَ ، فَإِنْ كَانَ سَاكِئًا فَلَيْسَ بِمَخُوفٍ ، وَإِنْ تَمَوَّجَ وَاضْطَرَبَ وَهَبَّتِ الرِّيحُ الْعَاصِفُ ، فَهُوَ مَخُوفٌ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَصَفَهُمْ بِشِدَّةِ الْخَوْفِ ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلِكِ وَجَرَّتْ بِكُمْ بَرِيحٌ طَيِّبَةٌ وَفَرِحُوا بِهَا جَاءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَاءَهُمُ الْمَوْجُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ دَعَوُا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ لَئِنْ أَنْجَيْنَا مِنْ هَذِهِ لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴾ ^(٤) .

الرَّابِعَةِ ، الْأَسِيرُ وَالْمَخْبُوسُ ، إِذَا كَانَ مِنْ عَادَتِهِ الْقَتْلُ ، فَهُوَ خَائِفٌ ، عَطِيَّتُهُ مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَأَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْحَسَنُ لَمَّا حَبَسَ الْحَجَّاجُ إِيَّاسَ بْنَ مُعَاوِيَةَ : لَيْسَ لَهُ مِنْ مَالِهِ إِلَّا

(٣) فِي ١ ، م : : قُتِبَتْ .

(٤) سُورَةُ يُونُسَ ٢٢ .

الثُّلُثُ . وقال أبو بكرٍ : عَطِيَّةُ الْأَسِيرِ مِنَ الثُّلُثِ . ولم يُفَرِّقْ . وبه قال الزُّهْرِيُّ ،
والتَّوْرِيُّ ، وإِسْحَاقُ . وَحَكَاَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ . وَثَأَوَّلَ الْقَاضِي مَارُويَ عَنْ أَحْمَدَ
فِي هَذَا عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ التَّفْصِيلِ ابْتِدَاءً . وقال الشَّعْبِيُّ ، وَمَالِكُ : الْغَازِي / عَطِيَّتُهُ
مِنَ الثُّلُثِ . وقال مَسْرُوقٌ : إِذَا وَضَعَ رَجُلُهُ فِي الْغَرَزِ . وقال الْأَوْزَاعِيُّ : الْمَحْصُورُ
فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَالْمَحْبُوسُ يَنْتَظِرُ الْقَتْلَ أَوْ تُفَقَّأُ عَيْنَاهُ^(٥) ، هُوَ فِي ثُلُثِهِ . وَالصَّحِيحُ ، إِنْ
شَاءَ اللَّهُ ، مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ ؛ لِأَنَّ مُجَرَّدَ الْحَبْسِ وَالْأَسْرِ مِنْ غَيْرِ خَوْفِ الْقَتْلِ لَيْسَ
بِمَرَضٍ^(٦) ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَرَضِ فِي الْخَوْفِ ، فَلَمْ يَجْزِ إلْحَاقُهُ بِهِ ، وَإِذَا كَانَ
الْمَرِيضُ الَّذِي لَا يَخَافُ التَّلَفَ عَطِيَّتُهُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ ، فَغَيْرُهُ أَوَّلَى . الْخَامِسَةُ ، إِذَا وَقَعَ
الطَّاعُونَ بِبِلْدَةٍ ، فَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ مَخُوفٌ^(٧) . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَخُوفٍ ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ
بِمَرَضٍ^(٨) ، وَإِنَّمَا يُخَافُ^(٩) الْمَرَضُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَيُعْتَبَرُ خُرُوجُ الْعَطِيَّةِ مِنَ الثُّلُثِ حَالَ الْمَوْتِ ، فَمَهْمَا خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ تَبَيَّنَا
أَنَّ الْعَطِيَّةَ صَحَّتْ فِيهِ حَالَ الْعَطِيَّةِ ، فَإِنْ نَمَّا الْمُعْطَى ، أَوْ كَسَبَ شَيْئًا ، فَسِمَ بَيْنَ الْوَرَثَةِ
وَبَيْنَ صَاحِبِهِ ، عَلَى قَدَرِ مَالِهَا فِيهِ ، فَرُبَّمَا أَفْضَى إِلَى الدَّوْرِ . فَمِنْ ذَلِكَ إِذَا اعْتَقَ عَبْدًا
لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، فَكَسَبَ مِثْلَ قِيَمَتِهِ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ ، فَلِلْعَبْدِ مِنْ كَسْبِهِ بِقَدَرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ،
وَبَاقِيهِ لِسَيِّدِهِ ، فَيَزَادُ بِهِ مَالُ السَّيِّدِ ، وَتَزَادُ الْحُرِّيَّةُ لَذَلِكَ ، وَيَزَادُ حَقُّهُ مِنْ كَسْبِهِ ،
فَيَنْقُصُ بِهِ حَقُّ السَّيِّدِ مِنَ الْكَسْبِ ، وَيَنْقُصُ بِذَلِكَ قَدَرُ الْمُعْتَقِ مِنْهُ ، فَيُسْتَخْرَجُ ذَلِكَ
بِالْجَبْرِ ، فَيُقَالُ : عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ شَيْءٌ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ مِثْلُهُ ، وَلِلْوَرَثَةِ
مِنَ الْعَبْدِ وَكَسْبِهِ شَيْئَانِ ، لِأَنَّ لَهُمْ مِثْلَى مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَا يُحْسَبُ
عَلَى الْعَبْدِ مَا حَصَلَ لَهُ مِنْ كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّهُ بِجُزْئِهِ الْحُرُّ لَا مِنْ جِهَةِ سَيِّدِهِ ، فَصَارَ

(٥) فِي الْأَصْلِ : عَيْنُهُ .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، أ : بِمَرِيضٍ .

(٧) فِي م : يَخُوفٌ .

(٨) فِي م : يَخَالِفُ .

لِلْعَبْدِ شَيْئَانِ ، وَلِلْوَرَّةِ شَيْئَانِ مِنَ الْعَبْدِ وَكَسْبِهِ ، فَيُقَسَّمُ الْعَبْدُ وَكَسْبُهُ نِصْفَيْنِ ، يَعْتَقُ مِنْهُ نِصْفُهُ ، وَلَهُ نِصْفُ كَسْبِهِ ، وَلِلْوَرَّةِ نِصْفُهُمَا . وَإِنْ كَسَبَ مِثْلَى قِيَمَتِهِ ، فَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْئَانِ ، صَارَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءٍ ، وَلَهُمْ شَيْئَانِ ، فَيُقَسَّمُ الْعَبْدُ وَكَسْبُهُ أَخْمَاسًا ، يَعْتَقُ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ كَسْبِهِ ، / وَلِلْوَرَّةِ خُمْسَاهُ وَخُمْسَا كَسْبِهِ . وَإِنْ كَسَبَ ثَلَاثَةَ أَمْثَالِ قِيَمَتِهِ ، فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءٍ مِنْ كَسْبِهِ مَعَ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَلَهُمْ شَيْئَانِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ ثَلَاثَهُ ، وَلَهُ ثَلَاثَا كَسْبِهِ ، وَلَهُمُ الثُّلُثُ مِنْهُمَا . وَإِنْ كَسَبَ نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَهُ نِصْفُ شَيْءٍ ، وَلَهُمْ شَيْئَانِ ، فَالْجَمِيعُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءٍ وَنِصْفُ ، إِذَا بَسَطْتُهَا أَنْصَافًا صَارَتْ سَبْعَةً ، لَهُ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِهَا ، فَيَعْتَقُ ثَلَاثَةَ أَسْبَاعِهِ ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِ كَسْبِهِ ، وَالْبَاقِي لَهُمْ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ مِائَةً ، فَكَسَبَ تِسْعَةً ، فَاجْعَلْ لَهُ مِنْ كُلِّ دِينَارٍ شَيْئًا ، فَقُلْ : عَتَقَ مِنْهُ مِائَةُ شَيْءٍ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ تِسْعَةُ أَشْيَاءٍ ، وَلَهُمْ مِائَتَا شَيْءٍ . فَيَعْتَقُ مِنْهُ مِائَةُ (٩) جُزْءٍ وَتِسْعَةُ أَجْزَاءٍ مِنْ ثَلَاثِمِائَةٍ وَتِسْعَةٍ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ مِثْلُ ذَلِكَ ، وَلَهُمْ مِائَتَا جُزْءٍ مِنْ نَفْسِهِ وَمِائَتَانِ مِنْ كَسْبِهِ . وَإِنْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ قِيَمَتَهُ وَقِيَمَةَ كَسْبِهِ ، صُرِفَ فِي الدَّيْنِ ، وَلَمْ يَعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى التَّبَرُّعِ ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَعْرِقْ قِيَمَتَهُ وَقِيَمَةَ كَسْبِهِ ، صُرِفَ مِنَ الْعَبْدِ وَكَسْبِهِ مَا يَقْضِي (١٠) بِهِ الدَّيْنَ ، وَمَا بَقِيَ مِنْهُمَا يُقَسَّمُ عَلَى مَا يُعْمَلُ فِي الْعَبْدِ الْكَامِلِ وَكَسْبِهِ . فَلَوْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ دَيْنٌ كَقِيَمَتِهِ (١١) ، صُرِفَ فِيهِ نِصْفُ الْعَبْدِ ، وَنِصْفُ كَسْبِهِ ، وَقُسِمَ (١٢) الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرَّةِ وَالْعَتَقِ نِصْفَيْنِ . وَكَذَلِكَ بَقِيَّةُ الْكَسْبِ ، وَإِنْ كَسَبَ الْعَبْدُ مِثْلَ قِيَمَتِهِ ، وَلِلْسَّيِّدِ مَالٌ مِثْلُ قِيَمَتِهِ ، قَسَمَتِ الْعَبْدَ وَمِثْلَى قِيَمَتِهِ عَلَى الْأَشْيَاءِ الْأَرْبَعَةِ ، فَلِكُلِّ شَيْءٍ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ، فَيَعْتَقُ مِنَ الْعَبْدِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ كَسْبِهِ . وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا قِيَمَتُهُ عِشْرُونَ ، ثُمَّ أَعْتَقَ عَبْدًا قِيَمَتُهُ عَشْرَةٌ ،

(٩) سقط من : م .

(١٠) في ١ ، م : « يقتضي » .

(١١) في ١ : « كقيمة العبد » .

(١٢) في ١ ، م زيادة : « النصف » .

فَكَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِثْلَ قِيَمَتِهِ ، لَكَمَلَتِ الْحُرِّيَّةُ فِي الْعَبْدِ الْأَوَّلِ ، فَيُعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ .
 وله من كَسْبِهِ شَيْءٌ ، وَلِلْوَرَثَةِ شَيْئَانِ ، وَيُقَسَّمُ الْعَبْدَانِ وَكَسْبُهُمَا عَلَى الْأَشْيَاءِ الْأَرْبَعَةِ ،
 فَيَكُونُ لِكُلِّ شَيْءٍ خُمُسَةٌ عَشْرَ ، فَيُعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ ذَلِكَ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ
 أَرْبَاعِ كَسْبِهِ ، وَالْبَاقِي لَهُمْ . وَإِنْ بَدَأَ يُعْتَقِ الْأَذْنَى عَتَقَ كُلَّهُ ، وَأَخَذَ كَسْبَهُ ، وَيَسْتَحِقُّ
 الْوَرَثَةَ مِنَ الْعَبْدِ / الْآخَرِ وَكَسْبِهِ مِثْلِي الْعَبْدِ الَّذِي عَتَقَ ، وَهُوَ نِصْفُهُ وَنِصْفُ كَسْبِهِ ،
 وَيَبْقَى نِصْفُهُ وَنِصْفُ كَسْبِهِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَيُعْتَقُ رُبْعُهُ ، وَلَهُ رُبْعُ كَسْبِهِ ، وَيَرِيقُ ثَلَاثَةُ
 أَرْبَاعِهِ ، وَيَتْبَعُهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ كَسْبِهِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا^(١٣) مَا انْعَتَقَ^(١٤) مِنْهُمَا . وَإِنْ أُعْتَقَ
 الْعَبْدَانِ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، قَرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ ، فَحُكْمُهُ كَمَا لَوْ بَدَأَ
 بِإِعْتَاقِهِ .

٤١/٦ و

فصل : وَإِنْ أُعْتَقَ ثَلَاثَةُ أَعْبِيدَ ، قِيَمَتُهُمْ سَوَاءٌ ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ قِيَمَةِ أَحَدِهِمْ ،
 وَكَسَبَ أَحَدُهُمْ مِثْلَ قِيَمَتِهِ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمْ لِإِخْرَاجِ الدَّيْنِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى غَيْرِ
 الْمُكْتَسِبِ^(١٥) يَبِيعُ فِي الدَّيْنِ ، ثُمَّ أَقْرَعْنَا بَيْنَ الْمُكْتَسِبِ وَالْآخَرِ ، لِأَجْلِ الْحُرِّيَّةِ ، فَإِنْ
 وَقَعَتْ عَلَى غَيْرِ الْمُكْتَسِبِ^(١٥) عَتَقَ كُلَّهُ ، وَالْمُكْتَسِبُ وَمَالُهُ لِلْوَرَثَةِ ، وَإِنْ وَقَعَتْ قُرْعَةُ
 الْحُرِّيَّةِ عَلَى الْمُكْتَسِبِ ، عَتَقَ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ كَسْبِهِ ، وَبَاقِيهِ وَبَاقِي
 كَسْبِهِ وَالْعَبْدُ الْآخَرُ لِلْوَرَثَةِ ، كَمَا قُلْنَا فِيمَا إِذَا كَانَ لِلسَّيِّدِ مَالٌ بِقَدْرِ قِيَمَتِهِ . وَلَوْ وَقَعَتْ
 قُرْعَةُ الدَّيْنِ ابْتِدَاءً عَلَى الْمُكْتَسِبِ ، لَقَضَيْنَا الدَّيْنَ بِنِصْفِهِ وَنِصْفِ كَسْبِهِ ، ثُمَّ أَقْرَعْنَا بَيْنَ
 بَاقِيهِ وَبَيْنَ الْعَبْدَيْنِ الْآخَرَيْنِ فِي الْحُرِّيَّةِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى غَيْرِهِ عَتَقَ كُلَّهُ ، وَلِلْوَرَثَةِ مَا
 بَقِيَ ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْمُكْتَسِبِ ، عَتَقَ بَاقِيَهُ ، وَأَخَذَ بَاقِي كَسْبِهِ ، ثُمَّ نَقَرَعُ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ
 لِإِثْمَامِ الثُّلُثِ ، فَمَنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ، عَتَقَ ثُلُثَهُ ، وَبَقِيَ ثُلُثَاهُ ، وَالْعَبْدُ الْآخَرُ

(١٣) فِي م : مِثْل .

(١٤) فِي م : انْعَتَق .

(١٥) ١٥ - ١٠) سَقَطَ مِنْ : م .

لِلوَرَثَةِ . وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ مَوْهُوبًا لِلْإِنْسَانِ ، كَانَ لَهُ مِنَ الْعَبْدِ وَكَسْبِهِ مِثْلُ مَا لِلْعَبْدِ مِنْ كَسْبِهِ وَنَفْسِهِ ، فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ كُلِّهَا .

فصل : وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ مُتَسَاوِيَيْنِ ^(١٦) الْقِيَمَةِ ، بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمَا ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا ، أَقْرَعَ بَيْنَ الْحَيِّ وَالْمَيِّتِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْمَيِّتِ فَالْحَيُّ رَقِيقٌ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمَيِّتَ نِصْفُهُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّ مَعَ الْوَرَثَةِ مِثْلَى نِصْفِهِ ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْحَيِّ عَتَقَ ثُلُثُهُ ، وَلَا يُحْسَبُ الْمَيِّتُ عَلَى الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِمْ .

فصل : رَجُلٌ أَعْتَقَ عَبْدًا ، لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، قِيَمَتُهُ عَشْرَةٌ ، فَمَاتَ / قَبْلَ سَيِّدِهِ ، ٤١/٦ ظ وَخَلَّفَ عَشْرِينَ ، فَهِيَ لِسَيِّدِهِ بِالْوَلَاءِ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ مَاتَ حُرًّا ، وَكَذَلِكَ إِنْ خَلَّفَ أَرْبَعِينَ وَبِتْنًا . وَإِنْ خَلَّفَ عَشْرَةً ، عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ ، وَلِسَيِّدِهِ شَيْئَانِ ، وَقَدْ حَصَلَ فِي يَدِ سَيِّدِهِ عَشْرَةٌ تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ نِصْفَهُ حُرٌّ ، وَبَاقِيَهُ ^(١٧) رَقِيقٌ ، وَالْعَشْرَةُ يَسْتَحِقُّهَا السَّيِّدُ ، نِصْفُهَا بِحُكْمِ الرُّقِّ ، وَنِصْفُهَا بِالْوَلَاءِ . فَإِنْ خَلَّفَ الْعَبْدُ ابْنًا ، فَلَهُ مِنْ رَقَبَتِهِ شَيْءٌ ، وَمِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ ، يَكُونُ لِأَبِيهِ بِالْجِوَارِثِ ، وَلِسَيِّدِهِ شَيْئَانِ ، فَتُقَسَّمُ الْعَشْرَةُ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، لِلابْنِ ثُلُثُهَا ، وَلِلسَّيِّدِ ثُلَاثَا ، وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ ثُلُثُهُ . وَإِنْ خَلَّفَ بِنْتًا ، فَلَهَا نِصْفُ شَيْءٍ ، وَلِلسَّيِّدِ شَيْئَانِ ، فَصَارَتِ الْعَشْرَةُ عَلَى خُمُسَةٍ ، لِلْبِنْتِ خُمُسُهَا ، وَلِلسَّيِّدِ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهَا ، تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ خُمُسَيِ الْعَبْدِ مَاتَ حُرًّا . وَإِنْ خَلَّفَ الْعَبْدُ عَشْرِينَ وَابْنًا ، فَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْئَانِ ، يَكُونَانِ لِابْنِهِ ، وَلِسَيِّدِهِ شَيْئَانِ ، فَصَارَتِ الْعَشْرُونَ بَيْنَ السَّيِّدِ وَبَيْنَ ابْنِهِ نِصْفَيْنِ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ عَتَقَ مِنْهُ نِصْفَهُ . فَإِنْ مَاتَ الْابْنُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ ، وَكَانَ ابْنُ مَعْتَقِهِ ، وَرَثَةُ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ حُرًّا ، لِكُونِ السَّيِّدِ مَلَكًا عَشْرِينَ ، وَهِيَ مِثْلُ قِيَمَتِهِ ، فَعَتَقَ ، وَجَرَّوَلَاءُ ابْنِهِ إِلَى سَيِّدِهِ ، فَوَرِثَهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ابْنُ مَعْتَقِهِ ، لَمْ يَنْجَرَّ وَلَاؤُهُ ، وَلَمْ يَرِثْهُ سَيِّدُ أَبِيهِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ لَوْ خَلَّفَ هَذَا الْابْنَ عَشْرِينَ ، وَلَمْ يُخَلَّفْ أَبُوهُ شَيْئًا ، أَوْ مَلَكَ السَّيِّدُ عَشْرِينَ مِنْ أَى جِهَةٍ

(١٦) فِي ١٥ مُتَسَاوِي ٤ .

(١٧) فِي ٣ م : ٥ وَنِصْفُهُ ٤ .

كانت . وإن لم يَمِلِكْ عِشْرِينَ ، لم يَنْجِرْ وَلَا ابْنُ ابْنِهِ ؛ لِأَنَّ أَبَاهُ لَمْ يَعْتَقْ ، وَإِنْ عَتَقَ بَعْضُهُ ، حُرٌّ مِنْ وَلَائِ ابْنِهِ بِقَدَرِهِ ، فَلَوْ خَلَفَ ابْنُ عَشْرَةَ ، وَمَلَكَ السَّيِّدُ خَمْسَةَ ، فَإِنَّكَ تَقُولُ : عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ شَيْءٌ ، وَيَجُرُّ مِنْ وَلَائِ أَبِيهِ مِثْلَ ذَلِكَ ، وَيَحْصُلُ ^(١٨) لَهُ مِنْ مِيرَاثِهِ شَيْءٌ مَعَ خَمْسَتِهِ ، وَهِيَ بَعْدَ لَانِ شَيْئَيْنِ ، وَبَاقِي الْعَشْرَةِ لِمَوْلَى أُمِّهِ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَ السَّيِّدِ وَمَوْلَى الْأُمِّ نِصْفَيْنِ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ قَدْ عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ نِصْفَهُ ، وَحَصَلَ لِلْسَّيِّدِ خَمْسُهُ مِنْ مِيرَاثِ ابْنِهِ ، وَكَانَتْ لَهُ خَمْسَةُ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ . فَإِنْ مَاتَ ابْنُ فِي حَيَاةِ أَبِيهِ / قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، وَخَلَفَ مَالًا ، وَحَكَمْنَا بِعَتَقِ الْأَبِ أَوْ عَتَقَ بَعْضُهُ ، وَرِثَ مَالُ ابْنِهِ ^(١٩) إِنْ كَانَ حُرًّا ، أَوْ بِقَدَرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ إِنْ كَانَ بَعْضُهُ حُرًّا ، وَلَمْ يَرِثْ سَيِّدُهُ مِنْهُ شَيْئًا . وَفِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ خِلَافٌ تَرَكْتُ ذِكْرَهُ كَرَاهَةَ التَّطْوِيلِ .

و ٤٢/٦

فصل في المُحَابَاةِ فِي الْمَرَضِ ، وَهِيَ أَنْ يُعَاوِضَ بِمَالِهِ ، وَيَسْمَحَ لِمَنْ عَاوَضَهُ بِبَعْضِ عِوَضِهِ ، وَهِيَ عَلَى أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، الْمُحَابَاةُ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، وَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ صِحَّةَ الْعَقْدِ ، فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ . وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ : الْعَقْدُ بَاطِلٌ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(٢٠) . وَلِأَنَّهُ تَصَرَّفَ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ ، فَصَحَّ ، كَعَيْزِ الْمَرِيضِ . فَلَوْ بَاعَ فِي مَرَضِهِ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، قِيمَتُهُ ثَلَاثُونَ بَعَشْرَةَ ، فَقَدْ حَابَى الْمُشْتَرِي بِثُلْثَى مَالِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ الْمُحَابَاةُ بِأَكْثَرٍ مِنَ الثُّلْثِ ، فَإِنْ أَجَازَ الْوَرَثَةُ ذَلِكَ لَزِمَ الْبَيْعُ ، وَإِنْ لَمْ يُجِزُوا فَاخْتَارَ الْمُشْتَرِي فَنَسَخَ الْبَيْعَ فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَبْعَضَتْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اخْتَارَ إِمْضَاءَ الْبَيْعِ ، فَالصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّهُ يَأْخُذُ نِصْفَ الْمَبِيعِ يَنْصِفُ الثَّمَنِ ، وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي الْبَاقِي . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنَّهُ يَأْخُذُ ثُلْثَى الْمَبِيعِ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ . وَإِلَى هَذَا أَشَارَ الْقَاضِي فِي نَحْوِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ؛

(١٨) فِي ١ : وَيَجْعَلُ .

(١٩) فِي الْأَصْلِ : أَبِيهِ .

(٢٠) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٧٥ .

لأنه يَسْتَحِقُّ الثُّلُثَ بِالمُحَابَاةِ ، وَالثُّلُثَ الْآخَرَ بِالثَّمَنِ . وَقَالَ أَهْلُ الْعِرَاقِ : يُقَالُ لَهُ :
 إِنْ شِئْتَ أَذَيْتَ عَشْرَةَ أُخْرَى وَأَخَذْتَ الْمَبِيعَ ، وَإِنْ شِئْتَ فَسَخَتْ وَلَا شَيْءَ لَكَ . وَعِنْدَ
 مَالِكٍ : لَهُ أَنْ يَفْسَخَ وَيَأْخُذَ ثُلُثَ الْمَبِيعِ بِالمُحَابَاةِ ، وَيُسَمِّيهِ أَصْحَابَهُ خُلْعَ الثُّلُثِ .
 وَلَنَا ، أَنْ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ مُقَابَلَةٌ بَعْضُ الْمَبِيعِ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ عِنْدَ تَعَذُّرِ أَخْذِ جَمِيعِهِ
 بِجَمِيعِهِ ، فَصَحَّ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى سِلْعَتَيْنِ بِثَمَنِ ، فَأَنْفَسَخَ الْبَيْعَ فِي إِحْدَاهُمَا لِعَيْبٍ
 أَوْ غَيْرِهِ ، أَوْ كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا وَسَيِّئًا ، فَأَخَذَ الشَّيْءَ الشَّقِيقَ الشَّقِصَ ، أَوْ كَالشُّفْعَاءِ يَأْخُذُ
 كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ جُزْءًا مِنَ الْمَبِيعِ بِقِسْطِهِ ، أَوْ كَمَا لَوْ اشْتَرَى قَفِيزًا يُسَاوِي ثَلَاثَيْنِ ، بِقَفِيزِ
 قِيمَتِهِ عَشْرَةً / . وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي اخْتَارَهُ الْقَاضِي فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ أَوْجَبَ لَهُ الْمَبِيعَ
 بِثَمَنِ ، فَيَأْخُذُ بَعْضَهُ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ ، فَلَا يَصِحُّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ هَذَا بِمِائَةِ . فَقَالَ :
 قَبِلْتُ نِصْفَهُ بِهَا . وَلِأَنَّهُ إِذَا فُسَخَ الْبَيْعُ فِي بَعْضِهِ ، وَجَبَ أَنْ يَفْسَخَهُ فِي قَدْرِهِ مِنْ ثَمَنِهِ ،
 وَلَا يَجُوزُ فُسْخُ الْبَيْعِ فِيهِ مَعَ بَقَاءِ ثَمَنِهِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ فُسْخُ الْبَيْعِ فِي الْجَمِيعِ مَعَ بَقَاءِ ثَمَنِهِ .
 وَأَمَّا قَوْلُ^(٢١) أَهْلِ الْعِرَاقِ ، فَإِنَّ فِيهِ إِجْبَارَ الْوَرِثَةِ عَلَى الْمَعَاوَضَةِ عَلَى غَيْرِ^(٢٢) الْوَجْهِ
 الَّذِي عَاوَضَ مُورِثُهُمْ^(٢٣) ، وَإِذَا فُسَخَ الْبَيْعُ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إِنَّمَا
 حَصَلَتْ فِي ضَمَنِ الْبَيْعِ ، فَإِذَا بَطَلَ الْبَيْعُ زَالَتِ الْوَصِيَّةُ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ أَنْ
 يَحُجَّ عَنْهُ بِمِائَةِ ، وَأَجْرُ مِثْلِهِ خَمْسُونَ ، فَطَلَبَ الْخَمْسِينَ^(٢٤) الْفَاضِلَةَ بِدُونِ الْحَجِّ .
 وَإِنْ اشْتَرَى عَبْدًا يُسَاوِي عَشْرَةَ ثَلَاثَيْنِ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ الثَّمَنِ . وَإِنْ بَاعَ
 الْعَبْدَ الَّذِي يُسَاوِي ثَلَاثَيْنِ بِخَمْسَةِ عَشَرَ ، جَازَ الْبَيْعُ^(٢٥) فِي ثُلُثَيْهِ^(٢٦) بِثُلَاثِي الثَّمَنِ .
 وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، لِلْمُشْتَرِي خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ بِكُلِّ الثَّمَنِ ، وَطَرِيقُ هَذَا أَنْ تُنْسَبَ

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) في الأصل ، م زيادة : « هذا » .

(٢٣) في الأصل ، ا : « موروثهم » .

(٢٤) في الزائدة : « الزائدة » .

(٢٥) في م : « والبيع » .

(٢٦) في م : « ثلثه » .

الثَّمَنَ وَثُلُثَ الْمَبِيعِ إِلَى قِيَمَتِهِ ، فَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِي مِقْدَارِ^(٢٧) تِلْكَ النِّسْبَةِ ، وَهُوَ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَسْقُطُ الثَّمَنُ مِنْ قِيَمَةِ الْمَبِيعِ ، وَيُنْسَبُ الثُّلُثُ إِلَى الْبَاقِي ، فَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِي قَدْرِ تِلْكَ النِّسْبَةِ ، وَهُوَ ثُلَاثُ ثُلَاثِي الثَّمَنِ . فَإِنْ خَلَفَ الْبَائِعُ عَشْرَةَ أُخْرَى ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَصِحُّ الْبَيْعُ فِي ثَمَانِيَةِ أَتْسَاعِهِ بِثَمَانِيَةِ أَتْسَاعِ الثَّمَنِ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، يَأْخُذُ الْمُشْتَرِي نِصْفَهُ وَأَرْبَعَةَ أَتْسَاعِهِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، وَيُرَدُّ نِصْفُ ثُسُعِهِ . وَإِنْ بَاعَ قَفِيزَ حِنْطَةٍ يُسَاوِي ثَلَاثِينَ ، بِقَفِيزٍ يُسَاوِي عَشْرَةَ ، أَوْ بِقَفِيزٍ يُسَاوِي خَمْسَةَ عَشَرَ ، تَعَيَّنَ الْوَجْهُ الَّذِي اخْتَرْنَاهُ فِي قَوْلِ الْقَاضِي وَمَنْ وَافَقَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ هُنَا شَرْطٌ فِي صَحَّةِ الْبَيْعِ ، وَلَا تَحْصُلُ بَغْيَرُ هَذَا الْوَجْهِ ، وَطَرِيقُ حِسَابِهَا بِالْجَبْرِ فِيمَا إِذَا بَاعَهُ بِمَا يُسَاوِي ثُلُثَ قِيَمَتِهِ ، أَنْ نَقُولَ : يَجُوزُ الْبَيْعُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَرْفَعِ بِشَيْءٍ مِنَ الْأَذْوَنِ ، وَقِيَمَتُهُ ثُلُثُ شَيْءٍ ، / فَتَكُونُ الْمُحَابَاةُ بِثُلَاثِي شَيْءٍ ، أَلْقِيَهُمَا^(٢٨) مِنَ الْأَرْفَعِ ، يَبْقَى^(٢٩) قَفِيزٌ إِلَّا ثُلَاثِي شَيْءٍ ، يَغْدِلُ بِثُلَاثِي الْمُحَابَاةِ ، وَذَلِكَ شَيْءٌ وَثُلُثُ شَيْءٍ ، فَإِذَا جَبَرْتَهُ^(٣٠) عَدَلَ شَيْئَيْنِ ، فَالْشَيْءُ يُصَنَّفُ الْقَفِيزُ .

و ٤٣/٦

فصل : القسم الثاني ، المُحَابَاةُ فِي التَّزْوِيجِ ؛ إِذَا تَزَوَّجَ فِي مَرَضِهِ امْرَأَةً ، صَدَاقٌ مِثْلُهَا خَمْسَةً ، فَأَصْدَقَهَا عَشْرَةَ لَا يَمْلِكُ سِوَاهَا ، ثُمَّ مَاتَ ، فَإِنْ وَرِثَتْهُ بَطَلَتْ الْمُحَابَاةُ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَهَا سَائِرُ الْوَرِثَةِ ، وَإِنْ لَمْ تَرِثْهُ لِكَوْنِهَا مُخَالِفَةً لَهُ فِي الدِّينِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَلَهَا مَهْرُهَا وَثُلُثُ مَا حَابَاهَا بِهِ . وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَهُ ، فَوَرِثَهَا لَمْ تُخَلَّفْ مَالًا سِوَى مَا أَصْدَقَهَا ، دَخَلَهَا الدَّوْرُ ، فَتَصِحُّ الْمُحَابَاةُ فِي شَيْءٍ ، فَيَكُونُ لَهَا^(٣١) خَمْسَةً

(٢٧) فِي م : دَقْدَر .

(٢٨) فِي الْأَصْلِ ، أ : دَأْلَقَهَا .

(٢٩) فِي الْأَصْلِ : دَأْيَقَى .

(٣٠) فِي أ ، م : دَجَبَرَهُ .

(٣١) فِي م : دَأْلَقَهَا .

بالصَّدَاقِ ، وَشَيْءٌ بِالمُحَابَاةِ ، وَيَبْقَى لَوَرَثَةِ الزَّوْجِ خُمْسَةُ الْأَشْيَاءِ ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِمْ بِالْمِيرَاثِ نِصْفُ مَالِهَا ، وَهُوَ اثْنَانِ وَنِصْفُ وَنِصْفُ شَيْءٍ ، صَارَ لَهُمْ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ يَغْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبَرُوا قَابِلٌ ، يَخْرُجُ الشَّيْءُ ثَلَاثَةً ^(٣٢) ، فَكَانَ لَهَا ثَمَانِيَةٌ ، رَجَعَ إِلَى وَرَثَةِ الزَّوْجِ نِصْفُهَا أَرْبَعَةٌ ، صَارَ لَهُمْ سِتَّةٌ ، وَلَوَرَثَتِهَا أَرْبَعَةٌ . فَإِنْ تَرَكَ الزَّوْجُ خُمْسَةً أُخْرَى ، قُلْتُ : يَبْقَى مَعَ وَرَثَةِ الزَّوْجِ اثْنَا عَشَرَ وَنِصْفٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ^(٣٣) يَغْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ خُمْسَةٌ ، فَجَازَتْ لَهَا الْمُحَابَاةُ جَمِيعُهَا ، وَرَجَعَ جَمِيعُ مَا حَابَاهَا بِهِ إِلَى وَرَثَةِ الزَّوْجِ ، وَيَبْقَى ^(٣٤) لَوَرَثَتِهَا صَدَاقٌ مِثْلُهَا . وَإِنْ كَانَ لِلْمَرْأَةِ خُمْسَةٌ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلزَّوْجِ شَيْءٌ ، قُلْتُ : يَبْقَى مَعَ وَرَثَةِ الزَّوْجِ عَشْرَةٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَغْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ أَرْبَعَةٌ ، فَيَكُونُ لَهَا بِالصَّدَاقِ تِسْعَةٌ مَعَ خُمْسِهَا أَرْبَعَةَ عَشَرَ ، رَجَعَ إِلَى وَرَثَةِ الزَّوْجِ نِصْفُهَا مَعَ الدِّينَارِ الَّذِي بَقِيَ لَهُمْ ، صَارَ لَهُمْ ثَمَانِيَةٌ وَلَوَرَثَتِهَا سَبْعَةٌ . وَإِنْ كَانَ ^(٣٥) عَلَيْهَا دَيْنٌ ثَلَاثَةٌ ، قُلْتُ : يَبْقَى مَعَ وَرَثَةِ الزَّوْجِ سِتَّةٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَغْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ دِينَارَانِ وَخُمْسَانِ . وَالبَابُ فِي هَذَا أَنْ تَنْظُرَ مَا يَبْقَى فِي يَدِ وَرَثَةِ الزَّوْجِ ، فَخُمْسَاهُ هُوَ الشَّيْءُ الَّذِي صَحَّحَتِ الْمُحَابَاةُ فِيهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ بَعْدَ الْجَبْرِ يَغْدِلُ شَيْئَيْنِ وَنِصْفًا / ، وَالشَّيْءُ هُوَ خُمْسَا شَيْئَيْنِ وَنِصْفٍ ، وَإِنْ شِئْتَ اسْقَطْتَ خُمْسَةً ، وَأَخَذْتَ نِصْفَ مَا بَقِيَ ^(٣٦) .

ظ ٤٣/٦

فصل : القسم الثالث ، أن يُخَالِعَهَا فِي مَرَضِهَا بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِهَا ، فَمَذْهَبُ أَحْمَدَ أَنْ لَوَرَثَتِهَا أَنْ لَا يُعْطَوْهُ أَكْثَرَ مِنْ مِيرَاثِهِ مِنْهَا ، فَيَكُونُ لَهُ الْأَقْلُ مِنَ الْعَوْضِ أَوْ مِيرَاثِهِ مِنْهَا . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إِنْ خَالَعَهَا بَعْدَ دُخُولِهِ بِهَا ، وَمَاتَ ^(٣٧) قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ؛ لِأَنَّهَا

(٣٢) فِي الْأَصْلِ ، ١ : ٥ ثَلَاثَةٌ .

(٣٣) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٣٤) فِي : ١ : ٥ وَيَبْقَى : ٥ .

(٣٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٦) فِي : ١ : ٥ بَقِيَ : ٥ .

(٣٧) فِي : م : ٥ وَمَاتَ : ٥ .

مُتَّهَمَةٌ فِي أَنهَا قَصَدَتْ إِصْصَالَ أَكْثَرَ مِنْ مِيرَاثِهِ إِلَيْهِ . وَعِنْدَ مَالِكٍ : إِنْ زَادَ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ ، فَالزَّيَادَةُ مَرْدُودَةٌ . وَعَنْ مَالِكٍ ، أَنَّ خُلْعَ الْمَرِيضَةِ بَاطِلٌ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : الزَّيَادَةُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ مُحَابَاةٌ تُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلْثِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ خَالَعَهَا قَبْلَ دُخُولِهِ بِهَا ، أَوْ مَاتَ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، فَالْعَوْضُ مِنَ الثَّلْثِ ، وَمِثَالُ ذَلِكَ : امْرَأَةٌ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا بِثَلَاثِينَ ، لَا مَالَ لَهَا سِوَاهَا ، وَصَدَاقُ مِثْلِهَا اثْنَا عَشَرَ ، فَلَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ ، سِوَاءَ قَلِّ صَدَاقِهَا أَوْ كَثَرٍ ؛ لِأَنَّهَا قَدَرُ مِيرَاثِهِ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ : لَهُ ثَمَانِيَّةٌ عَشَرَ ، اثْنَا عَشَرَ لِأَنَّهَا قَدَرُ صَدَاقِهَا ، وَثُلُثُ بَاقِي الْمَالِ بِالْمُحَابَاةِ وَهُوَ سِتَّةٌ . وَإِنْ كَانَ صَدَاقُهَا سِتَّةً ، فَلَهُ (٣٨) أَرْبَعَةٌ عَشَرَ ؛ لِأَنَّ ثُلُثَ الْبَاقِي ثَمَانِيَّةٌ . مَرِيضٌ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى مَائَةٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهَا ، وَمَهْرُ مِثْلِهَا عَشْرَةٌ ، ثُمَّ مَرِضَتْ ، فَاخْتَلَعَتْ مِنْهُ بِالمِائَةِ ، وَلَا مَالَ لَهَا سِوَاهَا ، فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا ، وَلَهَا شَيْءٌ بِالْمُحَابَاةِ ، وَالبَاقِي لَهُ ، ثُمَّ رَجَعَ (٣٩) إِلَيْهِ نِصْفُ مَالِهَا بِالْمُحَابَاةِ ، وَهُوَ خَمْسَةٌ وَنِصْفُ شَيْءٍ ، فَصَارَ مَعَ وَرَثَتِهِ خَمْسَةٌ وَتِسْعُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَغْدُلُ شَيْئَيْنِ ، فَيَعْدُ الْجَبْرِ يَخْرُجُ الشَّيْءُ ثَمَانِيَّةً وَثَلَاثِينَ ، فَقَدْ صَحَّ لَهَا بِالصَّدَاقِ وَالْمُحَابَاةِ ثَمَانِيَّةٌ وَأَرْبَعُونَ ، وَبَقِيَ (٤٠) مَعَ وَرَثَتِهِ اثْنَانِ وَخَمْسُونَ ، وَرَجَعَ إِلَيْهِمُ بِالْخُلْعِ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، فَصَارَ مَعَهُمْ سِتَّةٌ وَسَبْعُونَ ، وَبَقِيَ لِلْمَرْأَةِ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، يَرْجِعُ إِلَيْهِمُ صَدَاقُ الْمِثْلِ وَثُلُثُ شَيْءٍ بِالْمُحَابَاةِ ، فَصَارَ بِأَيْدِيهِمْ مِائَةٌ إِلَّا ثَلَاثِي شَيْءٍ ، يَغْدُلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةٌ أَثْمَانِيهَا ، وَهُوَ سَبْعَةٌ وَثَلَاثُونَ وَنِصْفٌ ، فَصَارَ لَهَا ذَلِكَ وَمَهْرُ الْمِثْلِ ، رَجَعَ إِلَيْهِ / مَهْرُ الْمِثْلِ وَثُلُثُ الْبَاقِي اثْنَا عَشَرَ وَنِصْفٌ ، فَيَصِيرُ بِأَيْدِي وَرَثَتِهِ خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ ، وَهُوَ مِثْلًا مُحَابَاتِهَا . وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، يَرْجِعُ إِلَيْهِمُ (٤١) ثُلُثُ الْعَشْرِ (٤١) وَثُلُثُ الشَّيْءِ ، فَصَارَ مَعَهُمْ ثَلَاثَةٌ وَتِسْعُونَ وَثُلُثُ إِلَّا ثَلَاثِي شَيْءٍ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةٌ أَثْمَانِيهَا ، وَهُوَ خَمْسَةٌ

و ٤٤/٦

(٣٨) فِي ١ : فَلَهَا .

(٣٩) فِي ١ : يَرْجِعُ .

(٤٠) فِي ١ : وَبَقِيَ .

(٤١ - ٤١) فِي ١ : الْعَشْرَةُ .

وَتَلَاثُونَ مَعَ الْعَشْرَةِ ، صَارَ لَهَا خُمُسَةٌ وَأَرْبَعُونَ ، رَجَعَ إِلَى الزَّوْجِ ثُلُثُهَا ، صَارَ لَوَرَثَتِهَا
 ثَلَاثُونَ وَلَوَرَثَتِهِ سَبْعُونَ ، هَذَا إِذَا مَاتَتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا . وَإِنْ تَرَكَتِ الْمَرْأَةُ مِائَةً
 أُخْرَى ، فَعَلَى قَوْلِنَا يَبْقَى مَعَ وَرَثَةِ الزَّوْجِ مِائَةٌ وَخُمُسَةٌ وَأَرْبَعُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ
 شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ خُمُسًا ذَلِكَ ، وَهُوَ ثَمَانِيَةٌ وَخُمُسُونَ ، وَهُوَ الَّذِي صَحَّتِ الْمُحَابَاةُ
 فِيهِ ، فَلَهَا ذَلِكَ وَعَشْرَةٌ بِالمِثْلِ ، صَارَ لَهَا مِائَةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَسِتُّونَ ، رَجَعَ إِلَى الزَّوْجِ نِصْفُهَا
 أَرْبَعَةٌ وَثَمَانُونَ ، وَكَانَ الْبَاقِي مَعَهُ اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ ، صَارَ لَهُ مِائَةٌ وَسِتَّةَ عَشَرَ ، وَلَوَرَثَتِهَا
 أَرْبَعَةٌ وَثَمَانُونَ ^(٤٢) .

فصل : في الهبة ؛ رَجُلٌ وَهَبَ أَخَاهُ مِائَةً لَا يَمْلِكُ غَيْرَهَا ، فَقَبَضَهَا ، ثُمَّ مَاتَ ،
وَحَلَفَ بِنَتْنَا ، فَقَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَالباقى للواهب ، وَرَجَعَ إِلَيْهِ بِالمِيرَاثِ
نِصْفُ الشَّيْءِ الَّذِي جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ ، صَارَ مَعَهُ مِائَةٌ ^(٤٣) إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ،
فَالشَّيْءُ خُمُسًا ذَلِكَ أَرْبَعُونَ ، رَجَعَ إِلَى الْوَاهِبِ نِصْفُهَا عِشْرُونَ ، صَارَ مَعَهُ
ثَمَانُونَ ^(٤٤) ، وَبَقِيَ لَوَرَثَةِ أَحَى الْوَاهِبِ عِشْرُونَ . وَطَرِيقُهَا بِالبَابِ ^(٤٥) أَنْ تَأْخُذَ
عَدَدًا ثَلَاثِينَ نِصْفَ ، وَهُوَ سِتَّةٌ ، فَتَأْخُذُ ثَلَاثَةَ اثْنَيْنِ ، وَتُلْقَى نِصْفَهُ سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمٌ ،
فَهُوَ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَيَبْقَى لِلْوَاهِبِ أَرْبَعَةٌ ، فَتَقْسِمُ الْمِائَةُ سَهْمًا ^(٤٦) عَلَى خُمُسَةٍ ،
وَالسَّهْمُ الَّذِي أَسْقَطْتَهُ لَا يُذَكَّرُ ؛ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى جَمِيعِ السَّهَامِ الْبَاقِيَةِ بِالسُّوِّيَّةِ ،
فَيَجِبُ اطِّرَاحُهُ ، كَالسَّهَامِ الْفَاضِلَةِ عَنِ الْفُرُوضِ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ . وَشِبْهُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ
مِنْ مَسَائِلِ الرَّدِّ ، أُمٌّ وَأُخْتَانِ ، فَلِلْأُخْتَيْنِ أَرْبَعَةٌ ، وَلِلْأُمِّ سَهْمٌ ، وَيَسْقُطُ ذِكْرُ السَّهْمِ
السَّادِسِ . / وَلَوْ كَانَ تَرَكَ اثْنَتَيْنِ ، ضَرَبْتَ ثَلَاثَةً فِي ثَلَاثَةٍ ، صَارَتْ تِسْعَةً ، وَأَسْقَطْتَ

ظ ٤٤/٦

(٤٢) في م : « وثلاثون » .

(٤٣) في زيادة : « ونصف » .

(٤٤) في م : « ثلاثون » .

(٤٥) كذا بالنسخ ، وهو يعنى بابها في الحساب .

(٤٦) في الأصل ، ا : « بينهما » .

منها سَهْمًا^(٤٧) بَقِيَ ثَمَانِيَّةٌ ، فَهِيَ الْمَالُ ، وَخُذِ الثُّلُثَ ثَلَاثَةً ، وَأُسْقِطْ مِنْهُمَا سَهْمًا^(٤٧) ، يَبْقَى سَهْمَانِ ، فَهِيَ الَّتِي تَبْقَى لَوَرَثَةِ الْمُوْهُوبِ لَهُ ، وَيَبْقَى سِتَّةٌ لِلْوَاهِبِ ، وَهِيَ مِثْلًا مَا جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ . وَإِنْ خَلَفَ امْرَأَةٌ وَبَنَاتًا ، فَمَسَّالَتْهُمَا مِنْ ثَمَانِيَّةٍ ، تَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ تَكُونُ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ تُسْقِطُ مِنْهَا الثَّلَاثَةُ الَّتِي وَرَثَهَا الْوَاهِبُ ، يَبْقَى أَحَدٌ وَعِشْرُونَ ، فَهِيَ الْمَالُ ، وَتَأْخُذُ ثُلُثَ الْأَرْبَعَةِ وَالْعِشْرِينَ ، وَهِيَ ثَمَانِيَّةٌ ، تُلْقَى مِنْهَا الثَّلَاثَةُ ، يَبْقَى خَمْسَةٌ ، فَهِيَ الْبَاقِيَةُ لَوَرَثَةِ الْمُوْهُوبِ لَهُ ، وَالْبَاقِي لِلْوَاهِبِ ، فَتَقْسِمُ الْمِائَةَ عَلَى هَذِهِ السَّهَامِ .

فصل : فَإِنْ وَهَبَ مَرِيضٌ مَرِيضًا مِائَةً ، لَا يَمْلِكُ سِوَاهَا ، ثُمَّ عَادَ الْمُوْهُوبُ لَهُ فَوَهَبَهَا لِلأَوَّلِ ، وَلَا يَمْلِكُ سِوَاهَا ، فَبِالْبَابِ تَضْرِبُ ثَلَاثَةً فِي ثَلَاثَةٍ ، وَتُسْقِطُ مِنْهَا سَهْمًا ، يَبْقَى ثَمَانِيَّةٌ ، فَاقْسِمِ الْمِائَةَ عَلَيْهَا لِكُلِّ سَهْمَيْنِ^(٤٨) خَمْسَةً وَعِشْرُونَ ، ثُمَّ خُذْ ثُلُثَهَا ثَلَاثَةً ، أُسْقِطْ مِنْهَا سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمَانِ ، فَهُوَ لِلْمُوْهُوبِ الْأَوَّلِ ، وَذَلِكَ هُوَ الرَّبْعُ . وَبِالْجَبْرِ قَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، ثُمَّ صَحَّتِ الْهَبَةُ الثَّانِيَّةُ فِي ثُلُثِهِ ، يَبْقَى لِلْمُوْهُوبِ الْأَوَّلِ ثُلُثُ الشَّيْءِ وَلِلْوَاهِبِ مِائَةُ إِلَّا ثُلُثَيْ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبِرْ وَقَابِلْ ، يَخْرُجُ الشَّيْءُ سَبْعَةً وَثَلَاثِينَ وَنِصْفًا ، رَجَعَ إِلَى الْوَاهِبِ ثُلُثُهَا اثْنَا عَشَرَ وَنِصْفًا ، وَيَبْقَى لِلْمُوْهُوبِ لَهُ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ . فَإِنْ خَلَفَ الْوَاهِبُ مِائَةً أُخْرَى ، فَقَدْ بَقِيَ مَعَ الْوَاهِبِ مِائَتَانِ إِلَّا ثُلُثَيْ شَيْءٍ ، تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِيهَا ، وَذَلِكَ خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ ، رَجَعَ إِلَى الْوَاهِبِ ثُلُثُهَا ، يَبْقَى مَعَ وَرَثَتِهِ خَمْسُونَ .

فصل : فَإِنْ وَهَبَ رَجُلٌ رَجُلًا جَارِيَةً ، فَقَبَضَهَا الْمُوْهُوبُ لَهُ وَوَطَّئَهَا ، وَمَهَرَهَا

(٤٧ - ٤٧) سقط من : م .

(٤٨) في ا ، م : س سهم .

ثُلُثُ قِيمَتِهَا ، ثُمَّ مَاتَ الْوَاهِبُ وَلَا شَيْءَ لَهُ سِوَاهَا ، وَقِيمَتُهَا ثَلَاثُونَ ، وَمَهْرُهَا عَشْرَةٌ ، فَقَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَسَقَطَ عَنْهُ مِنْ مَهْرِهَا ثُلُثُ شَيْءٍ ، وَبَقِيَ لِلْوَاهِبِ أَرْبَعُونَ إِلَّا شَيْئًا وَثُلَاثًا يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبُرْ وَقَابِلُ ، يَخْرُجُ الشَّيْءُ ، خُمْسُ ذَلِكَ وَعُشْرُهُ ، وَهُوَ اثْنَا عَشَرَ / وَذَلِكَ خُمْسًا الْجَارِيَةِ . فَقَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِيهِ ، وَيَبْقَى لِلْوَاهِبِ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهَا ، وَلَهُ عَلَى الْمُؤْهُوبِ لَهُ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ مَهْرِهَا سِتَّةٌ . وَلَوْ وَطَّعَهَا أَجَنِبِيٌّ فَكَذَلِكَ ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ مَهْرُهَا ، ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ لِلْوَاهِبِ ، وَخُمْسَاهُ لِلْمُؤْهُوبِ لَهُ ، إِلَّا أَنْ تُفَوِّذَ الْهَبَةَ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ مِنْهَا^(٤٩) مَوْقُوفٌ عَلَى حُصُولِ الْمَهْرِ مِنَ الْوَاطِئِ ، فَإِنْ لَمْ يَخْصُلْ مِنْهُ شَيْءٌ ، لَمْ تَزِدِ الْهَبَةَ عَلَى ثُلُثِهَا . وَكَلَّمَا حَصَلَ مِنْهُ شَيْءٌ نَفَذَتْ الْهَبَةُ فِي الزَّيَادَةِ بِقَدْرِ ثُلُثِهِ . وَإِنْ وَطَّعَهَا الْوَاهِبُ ، فَعَلِيهِ مِنْ عَقْرِهَا بِقَدْرِ مَا جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ ، وَهُوَ ثُلُثُ شَيْءٍ ، يَبْقَى مَعَهُ ثَلَاثُونَ إِلَّا شَيْئًا وَثُلَاثًا^(٥٠) ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ تِسْعَةٌ ، وَهُوَ خُمْسُ الْجَارِيَةِ ، وَعُشْرُهَا وَسَبْعَةُ أَعْشَارِهَا لَوَرِثَةِ الْوَاطِئِ ، وَعَلَيْهِمْ عَقْرُ الَّذِي جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ ثُلُثُهُ^(٥١) ، فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْجَارِيَةِ بِقَدْرِهَا ، صَارَ لَهُ خُمْسُهَا .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ مَرِيضٌ رَجُلًا عَبْدًا ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، فَقَتَلَ الْعَبْدُ الْوَاهِبَ ، قِيلَ لِلْمُؤْهُوبِ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُفَدِّيَهُ ، وَإِمَّا أَنْ تُسَلِّمَهُ ، فَإِنْ اخْتَارَ تَسْلِيمَهُ سَلَّمَهُ كُلَّهُ ، نِصْفَهُ بِالْجَنَائَةِ ، وَنِصْفَهُ لِائْتِقَاصِ الْهَبَةِ فِيهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَبْدَ كُلَّهُ قَدْ صَارَ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاهِبِ ، وَهُوَ مِثْلًا نِصْفَهُ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْهَبَةَ جَازَتْ فِي نِصْفِهِ . وَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ فَفِيهِ^(٥٢) رَوَاتَانِ ؛ أَحَدَاهُمَا ؛ يُفَدِّيهِ بِأَقْلَ الْأُمْرَيْنِ مِنْ^(٥٣) قِيمَةِ تَصْيِيهِ مِنْهُ^(٥٤) أَوْ أَرْضِ جَنَائِيَّتِهِ . وَالْأُخْرَى ، يُفَدِّيهِ بِقَدْرِ ذَلِكَ مِنْ أَرْضِ جَنَائِيَّتِهِ ، بِالْعَةِ مَا بَلَغَتْ . فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ دِيَّةً ، فَإِنَّكَ تَقُولُ : صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَتَدْفَعُ إِلَيْهِمْ نِصْفَ الْعَبْدِ وَقِيمَةَ نِصْفِهِ ، وَذَلِكَ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ،

(٤٩) فِي ١ ، ب ، م : « مِنْهَا » .

(٥٠) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥١ - ٥٢) فِي الْأَصْلِ : « قِيمَتُهُ » .

فَبَيَّنَ أَنَّ الشَّيْءَ نِصْفُ الْعَبْدِ ، وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ دِيَّتَيْنِ ، وَاخْتَارَ دَفَعَهُ ، فَإِنَّ الْهَبَةَ تَجُوزُ فِي شَيْءٍ ، وَتُدْفَعُ إِلَيْهِمْ نِصْفُهُ ، يَبْقَى مَعَهُمْ عَبْدٌ إِلَّا نِصْفُ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ خُمْسَاهُ ، وَيُرَدُّ إِلَيْهِمْ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ ؛ لِإِتْقَاصِ الْهَبَةِ ، وَخُمْسًا مِنْ أَجْلِ جِنَايَتِهِ ، فَيَصِيرُ لَهُمْ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ . وَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَدَاهُ بِخُمْسِي الدِّيَّةِ ، وَيَبْقَى لَهُمْ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ وَخُمْسَا الدِّيَّةِ ، وَهِيَ بِمَنْزِلَةِ خُمْسٍ مِنْهُ ، وَيَبْقَى لَهُ خُمْسَاهُ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ نِصْفَ الدِّيَّةِ أَوْ أَقَلَّ ، وَقُلْنَا : تَقْدِيرُهُ بِأَرْشِ جِنَايَتِهِ . نَعْدَتْ الْهَبَةُ فِي جَمِيعِهِ ؛ لِأَنَّ أَرْضَهَا أَكْثَرُ مِنْ مِثْلَى قِيَمَتِهِ أَوْ مِثْلَيْهَا . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ ثَلَاثَةَ أَخْمَاسِ الدِّيَّةِ ، فَاخْتَارَ فِدَاءَهُ بِالدِّيَّةِ ، فَقَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَيَقْدِيرُهُ بِشَيْءٍ وَثَلَاثَيْنِ ، فَصَارَ مَعَ الْوَرِثَةِ عَبْدٌ وَثَلَاثَا شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ، فَتَصِحُّ الْهَبَةُ فِي ثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الْعَبْدِ ، وَيَرْجِعُ إِلَى الْوَاهِبِ رُبْعُهُ مِائَةً وَخُمْسُونَ ، وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدِّيَّةِ سَبْعُمِائَةٍ وَخُمْسُونَ ، صَارَ الْجَمِيعُ تِسْعِمِائَةً ، وَهُوَ مِثْلًا مَا صَحَّتِ الْهَبَةُ فِيهِ . فَإِنْ تَرَكَ الْوَاهِبُ مِائَةَ دِينَارٍ ، فَاضْمُمْنَا إِلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ ، فَإِنْ اخْتَارَ دَفَعَ الْعَبْدُ ، دَفَعَ ثُلَاثَهُ وَرُبْعَهُ ، وَذَلِكَ قَدْرُ نِصْفِ جَمِيعِ الْمَالِ بِالْجِنَايَةِ وَبَاقِيهِ لِإِتْقَاصِ الْهَبَةِ ، فَيَصِيرُ لِلْوَرِثَةِ ^(٥٢) الْعَبْدُ وَالْمِائَةُ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ . وَإِنْ اخْتَارَ الْفِدَاءَ ، فَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّهُ يَقْدِرُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ إِذَا لَمْ يَتْرِكْ شَيْئًا ، فَرُدَّ عَلَى ذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمِائَةِ ، يَصِيرُ ذَلِكَ سَبْعَةَ أَثْمَانِ الْعَبْدِ ، فَتَقْدِيرُهُ ^(٥٣) بِسَبْعَةِ أَثْمَانِ الدِّيَّةِ .

فصل : مَرِيضٌ أَعْتَقَ عَبْدًا ، لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، قِيَمَتُهُ مِائَةٌ ، فَقَطَعَ لِصَبِيحِ سَيِّدِهِ خَطَأً ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ نِصْفَهُ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيَمَتِهِ ، وَيَصِيرُ لِلْسَيِّدِ نِصْفُهُ وَنِصْفُ قِيَمَتِهِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَأَوْجَبْنَا نِصْفَ قِيَمَتِهِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ مِنْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ . وَحِسَابُهَا أَنْ تَقُولَ : عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ شَيْءٌ لِلْسَيِّدِ ، فَصَارَ مَعَ السَّيِّدِ عَبْدٌ إِلَّا شَيْئًا ، وَشَيْءٌ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَأَسْقَطَ شَيْئًا بِشَيْءٍ ، بَقِيَ مَا مَعَهُ مِنَ الْعَبْدِ يَعْدِلُ شَيْئًا

(٥٢) سقط من : م .

(٥٣) في م : ١ فقيه .

مثل ما عَتَقَ منه . ولو كانت قِيمَةُ الْعَبْدِ مَائَتَيْنِ ، عَتَقَ خُمُسَاهُ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ ،
وعليه نِصْفُ شَيْءٍ لِلْسَيِّدِ ، فَصَارَ لِلْسَيِّدِ نِصْفُ شَيْءٍ^(٥٤) ، وَبَقِيَّةُ الْعَبْدِ يَغْدُلُ شَيْئَيْنِ ،
فَيَكُونُ بَقِيَّةُ الْعَبْدِ يَغْدُلُ شَيْئًا وَنِصْفًا ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ ، وَالشَّيْءُ الَّذِي عَتَقَ
خُمُسَاهُ . وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ خَمْسِينَ أَوْ أَقَلَّ ، عَتَقَ كُلَّهُ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ مِائَةٌ ، وَهِيَ مِثْلَاهُ أَوْ
أَكْثَرُ . وَإِنْ كَانَتْ / قِيمَتُهُ سِتِّينَ ، قُلْنَا : عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ شَيْءٌ وَثُلَاثُ شَيْءٍ لِلْسَيِّدِ ،
مَعَ بَقِيَّةِ الْعَبْدِ ، يَغْدُلُ شَيْئَيْنِ ، فَبَقِيَّةُ الْعَبْدِ إِذَا ثُلُثَ شَيْءٌ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ . وَعَلَى
هَذَا الْقِيَاسُ إِلَّا أَنْ مَا زَادَ مِنْ^(٥٥) الْعَتَقِ عَلَى الثُّلُثِ ، يَتَّبَعِي أَنْ يَقِفَ عَلَى أَدَاءِ مَا يُقَابِلُهُ مِنْ
الْقِيَمَةِ ، كَمَا إِذَا دَبَّرَ عَبْدًا وَلَهُ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ غَرِيمٍ لَهُ ، فَكُلَّمَا اقْتَضَى مِنَ الْقِيَمَةِ شَيْئًا ، عَتَقَ
مِنَ الْمَوْقُوفِ بِقَدْرِ ثُلْثِهِ .

فصل : فَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، دَفْعَةً وَاحِدَةً ، قِيمَةً أَحَدِهِمَا مِائَةٌ وَالْآخَرِ مِائَةٌ
وْخَمْسُونَ ، فَجَنَى الْأَدْنَى عَلَى الْأَرْفَعِ جِنَايَةً تَقْصُصُهُ ثُلُثُ قِيمَتِهِ ، وَأَرْشُهَا كَذَلِكَ ،
فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِمَا ، ثُمَّ مَاتَ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْجَانِي عَتَقَ مِنْهُ أَرْبَعَةٌ
أَخْمَاسِهِ ، وَعَلَيْهِ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِ أَرْشِ جِنَايَتِهِ ، وَبَقِيَ لَوَرِثَةِ سَيِّدِهِ خُمُسُهُ وَأَرْشُ جِنَايَتِهِ
وَالْعَبْدُ الْآخَرُ ، وَذَلِكَ مِائَةٌ وَسِتُّونَ ، وَهُوَ مِثْلُ مَا عَتَقَ مِنْهُ . وَحِسَابُهَا أَنْ تَقُولَ :
عَبْدٌ^(٥٦) عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ شَيْءٍ ؛ لِأَنَّ جِنَايَتَهُ بِقَدْرِ نِصْفِ قِيمَتِهِ ، بَقِيَ
لِلْسَيِّدِ نِصْفُ شَيْءٍ ، وَبَقِيَّةُ الْعَبْدَيْنِ تَغْدُلُ شَيْئَيْنِ ، فَعَلِمْتُ أَنَّ بَقِيَّةَ الْعَبْدَيْنِ شَيْءٌ
وَنِصْفٌ ، فَإِذَا أَضَفْتَ إِلَى ذَلِكَ الشَّيْءِ الَّذِي عَتَقَ ، صَارَا جَمِيعًا يَغْدُلَانِ شَيْئَيْنِ
وَنِصْفًا ، فَالشَّيْءُ الْكَامِلُ خُمُسَاهُمَا ، وَذَلِكَ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِ أَحَدِهِمَا . وَإِنْ وَقَعَتْ
قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، عَتَقَ ثُلْثُهُ ، وَلَهُ ثُلُثُ أَرْشِ جِنَايَتِهِ ، يَتَّعَلَقُ بِرَقَبَةِ الْجَانِي ،
وَذَلِكَ تُسْعُ الدِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ عَلَى مَنْ ثُلْثُهُ حُرٌّ تُضْمَنُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ وَالرَّقِّ ،

(٥٤) فِي م : « الشَّيْءُ » .

(٥٥) فِي م : « فِي » .

(٥٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

والواجب له من الأرض^(٥٧) يَسْتَعْرِقُ قِيَمَةَ الْجَانِي ، فَيَسْتَحِقُّهَا ، وَلَا يَنْقَى لِسَيِّدِهِ مَالٌ سِوَاهُ فَيَعْتَقُ ثُلُثَهُ ، وَيَرِيقُ ثُلَاثَهُ . وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا خُمْسُونَ ، وَقِيَمَةُ الْآخَرِ / ثَلَاثُونَ ، فَجَنَى الْأَذْنَى عَلَى الْأَرْفَعِ ، فَتَقْصَهُ حَتَّى صَارَتْ قِيَمَتُهُ أَرْبَعِينَ ، أَفْرَعْنَاهُمَا ، فَإِنْ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ لِلْأَذْنَى ، عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ ثُلُثُ شَيْءٍ ، فَبَعْدَ الْجَبْرِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَبْدَيْنِ شَيْعَانِ وَثُلَّانِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهِمَا ، وَقِيَمَتُهُمَا سَبْعُونَ ، فَثَلَاثَةُ أَثْمَانِهَا سَبْعَةٌ وَعِشْرُونَ وَرُبْعٌ^(٥٨) وَهِيَ مِنَ الْأَذْنَى نِصْفُهُ وَخُمْسَاهُ وَنِصْفُ سُدُسِ عَشْرِهِ . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْآخَرِ ، عَتَقَ ثُلُثَهُ ، وَحَقُّهُ مِنَ الْجَنَاحِ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَةِ الْجَانِي ، فَيَأْخُذْهَا ، أَوْ يَفْدِيهِ الْمُعْتَقُ . وَقَدْ بَقِيََتْ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ ، وَفِيمَا ذَكَرْنَا مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى غَيْرِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ زَادَ الْعِتْقُ عَلَى ثُلْثِ الْعَبْدَيْنِ مِنْ أَجْلِ وَجُوبِ الْأَرْضِ لِلْسَيِّدِ ، تَكُونُ الزِّيَادَةُ مَوْقُوفَةً عَلَى آدَاءِ الْأَرْضِ ، كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٤٦/٦ ظ

٩٧٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ جَاوَزَ الْعَشْرَ سِنِينَ ؛ فَوَصِيَّتُهُ جَائِزَةٌ إِذَا وَافَقَ الْحَقُّ)

هَذَا الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ ، وَخَنْبَلٍ : تَجُوزُ وَصِيَّتُهُ إِذَا بَلَغَ عَشْرَ سِنِينَ . قَالَ أَبُو بَكْرِ : لَا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ أَنَّ مَنْ لَهُ عَشْرَ سِنِينَ ، تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ ، وَمَنْ لَهُ دُونَ السَّبْعِ لَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ ، وَمَا بَيْنَ السَّبْعِ وَالْعَشْرِ فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْغُلَامِ لِدُونَ الْعَشْرِ وَلَا الْجَارِيَةِ^(١) ، قَوْلًا وَاحِدًا ، وَمَا زَادَ عَلَى الْعَشْرِ فَتَصِحُّ ، عَلَى الْمَنْصُوصِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، لَا تَصِحُّ حَتَّى

(٥٧) فِي الْأَصْلِ : « أَرْضٍ » .

(٥٨) فِي حَاشِيَةِ م : « صَوَابُهُ سِتَّةٌ وَعِشْرُونَ وَرُبْعٌ وَهِيَ مِنَ الْأَذْنَى نِصْفُهُ وَرُبْعُهُ وَغَنَّهُ » . وَهُوَ حَقٌّ .

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ : « لِدُونَ تِسْعٍ » .

يُتْلَع . وقال القاضي ، وأبو الخطّاب : تَصِيحٌ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ إِذَا عَقَلَ . وَرَوَى عَنْ
عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ أَجَازَ وَصِيَّةَ الصَّبِيِّ ، وَهُوَ قَوْلُ عَمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ،
وَشُرَيْحٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَإِيَّاسٍ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنَّخَعِيِّ ،
وَمَالِكٍ ، وَإِسْحَاقَ . قَالَ إِسْحَاقُ : إِذَا بَلَغَ اثْنَتَى عَشْرَةَ . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُثَنِّبِ عَنْ
أَحْمَدَ . وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ : لَا تَصِيحُ وَصِيَّتُهُ حَتَّى يُتْلَعَ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَمُجَاهِدٌ ،
وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالْمَالِ ، فَلَا
يَصِيحُ مِنَ الصَّبِيِّ ، كَالِهَيْبَةِ وَالْعِنَقِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إِفْرَازُهُ ، فَلَا تَصِيحُ وَصِيَّتُهُ ، كَالطِّفْلِ .
وَلَنَا ، مَا رَوَى ، أَنَّ صَبِيًّا مِنْ غَسَّانَ ، لَهُ عَشْرَتَا سِنِينَ ، أَوْصَى لِأَخْوَالِهِ لَهُ ، فَرُفِعَ ذَلِكَ
إِلَى عَمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَأَجَازَ وَصِيَّتَهُ . رَوَاهُ سَعِيدٌ . وَرَوَى مَالِكٌ ،
فِي « مُوطَأِهِ » ^(٢) عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ عَمْرُو بْنَ سُلَيْمٍ أَخْبَرَهُ ، أَنَّهُ
قِيلَ لِعَمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ : إِنَّ هُنَا غُلَامًا يَفَاعَا لَمْ يَحْتَلِمَ ، وَوَرَّثَهُ بِالشَّامِ ، وَهُوَ ذُو
مَالٍ ، وَلَيْسَ لَهُ هُنَا إِلَّا ابْنَةٌ عَمٌّ لَهُ ، فَقَالَ عَمْرٌ : فَلْيُوصَرْ لَهَا . فَأَوْصَى لَهَا بِمَالٍ يُقَالُ
لَهُ بِقَرْنِ جُشَمٍ . قَالَ عَمْرُو بْنُ سُلَيْمٍ : فَبِعْتُ ذَلِكَ الْمَالَ بِثَلَاثِينَ أَلْفًا . وَابْنَةُ عَمَّتِهِ الَّتِي أَوْصَى
لَهَا هِيَ أُمُّ عَمْرُو بْنِ سُلَيْمٍ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَكَانَ الْغُلَامُ ابْنَ عَشْرٍ أَوْ اثْنَتَى عَشْرَةَ سَنَةً .
وَهَذِهِ قِصَّةٌ اتَّشَرَّتْ فَلَمْ تُنْكَرْ ، وَلِأَنَّهُ تَصَرَّفَ تَمَحُّضًا نَفْعًا لِلصَّبِيِّ ، فَصَحَّ مِنْهُ ،
كَالِإِسْلَامِ وَالصَّلَاةِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ صَدَقَةٌ يَحْصُلُ ثَوَابُهَا لَهُ بَعْدَ غِنَاهُ عَنْ مِلْكِهِ
وَمَالِهِ ، فَلَا يَلْحَقُهُ ضَرَرٌ فِي عَاجِلِ دُنْيَاهُ وَلَا أَخْرَاهُ ، بِخِلَافِ الْهَيْبَةِ وَالْعِنَقِ الْمُتَعَجِّرِ ،
فَإِنَّهُ يُفَوِّتُ مِنْ مَالِهِ مَا يَخْتَاجُ إِلَيْهِ ، وَإِذَا رُدَّتْ رَجَعَتْ إِلَيْهِ ، وَهُنَا لَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ بِالرَّدِّ ،
وَالطِّفْلِ لَا عَقْلَ لَهُ ، وَلَا يَصِيحُ إِسْلَامُهُ وَلَا عِبَادَاتُهُ . وَقَوْلُهُ : « إِذَا وَافَقَ الْحَقُّ » . يَعْنِي

(٢) في : باب ما يجوز وصية الصغير ... ، من كتاب الوصية . الموطأ ٢/٧٦٢ .
كما أخرجه الدارمي ، في : باب الوصية للغلام ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٤٢٤/٢ مختصرا .
والبيهقي ، في : باب ما جاء في وصية الصغير ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٦/٢٨٢ . وعبد الرزاق ، في :
باب وصية الغلام ، من كتاب الوصايا . المصنف ٩/٧٨ .

إذا وَصَّى بِوَصِيَّةٍ يَصِحُّ مِثْلُهَا مِنَ الْبَالِغِ^(٣)، صَحَّتْ مِنْهُ، (وَمَالًا) فلا . قال شُرَيْحٌ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُتْبَةَ، وَهُمَا قَاضِيَانِ : مَنْ أَصَابَ الْحَقَّ أَجَزْنَا وَصِيَّتَهُ .

فصل : فَأَمَّا الطِّفْلُ، وَهُوَ مَنْ لَهْ دُونَ السَّبْعِ، وَالْمَجْنُونُ، وَالْمُبْرَسَمُ، فَلَا وَصِيَّةَ لَهُمْ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ، مِنْهُمْ ؛ حُمَيْدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَمَالِكٌ، وَالْأَوْزَاعِيُّ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ، وَمَنْ تَبِعَهُمْ . وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَهُمْ إِلَّا إِيَّاسَ بْنَ مُعَاوِيَةَ، قَالَ فِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ^(٤) : إِذَا وَافَقَتْ وَصِيَّتُهُمَا^(٥) الْحَقَّ جَازَتْ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ فَإِنَّهُ لَا حُكْمَ لِكَلَامِهِمَا، وَلَا تَصِحُّ عِبَادَتُهُمَا، وَلَا شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِمَا، فَكَذَا الْوَصِيَّةُ، بَلْ أَوْلَى، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَصِحَّ إِسْلَامُهُ وَصَلَاتُهُ الَّتِي هِيَ مَحْضُ نَفْعٍ لَا ضَرَرَ فِيهَا، فَلَا أَنْ لَا يَصِحَّ بِذَلِكَ الْمَالُ يَتَضَرَّرُ بِهِ وَارِثُهُ أَوْلَى، وَلَا تَهَايُصْرُفُ يَفْتَقَرُ إِلَى إِجْبَابٍ وَقَبُولٍ، فَلَا يَصِحُّ مِنْهُمَا، كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ .

٤٧/٦ ظ

فصل : فَأَمَّا الْمَخْجُورُ عَلَيْهِ لِسْفِهِ، فَإِنْ وَصِيَّتُهُ تَصِحُّ، فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ . قَالَ الْخَبَرِيُّ : وَهُوَ قَوْلُ الْأَكْثَرِينَ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِي وَصِيَّتِهِ وَجْهَانِ . وَلَنَا، أَنَّهُ عَاقِلٌ تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ، كَالصَّبِيِّ الْعَاقِلِ، وَلَأنَّ وَصِيَّتَهُ تَمَحَّضَتْ نَفْعًا لَهُ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ، فَصَحَّتْ كِعِبَادَاتِهِ . وَأَمَّا الَّذِي يُجْنُ أَحْيَانًا، وَيُفِيقُ أَحْيَانًا، فَإِنْ وَصَّى حَالَ جُنُونِهِ لَمْ تَصِحَّ، وَإِنْ وَصَّى فِي حَالِ عَقْلِهِ صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْعُقْلَاءِ فِي شَهَادَتِهِ، وَوُجُوبِ الْعِبَادَةِ عَلَيْهِ، فَكَذَلِكَ فِي وَصِيَّتِهِ وَتَصَرُّفَاتِهِ . وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ السَّكَرَانِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِيهِ قَوْلَانِ . يَعْنِي وَجْهَيْنِ . وَلَنَا، أَنَّهُ لَيْسَ بِعَاقِلٍ، فَلَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ، كَالْمَجْنُونِ . وَأَمَّا إِيقَاعُ طَلَاقِهِ، فَإِنَّمَا أَوْقَعَهُ مَنْ أَوْقَعَهُ تَغْلِيظًا عَلَيْهِ، لِإِزْكَابِهِ الْمَعْصِيَةَ، فَلَا يَتَعَدَّى هَذَا إِلَى وَصِيَّتِهِ ؛ فَإِنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِيهَا، إِنَّمَا الضَّرَرُ عَلَى وَارِثِهِ . وَأَمَّا

(٣) فِي ١، م : : الْبَالِغُ .

(٤ - ٥) فِي ١، م : : وَلَا .

(٥) فِي م زِيَادَةً : : إِلَّا .

(٦) فِي م : : وَصِيَّتِهِ .

الضَّعِيفُ فِي عَقْلِهِ ، فَإِنْ مَنَعَ ذَلِكَ رُشْدَهُ فِي مَالِهِ ، فَهُوَ كَالسَّفِيهِ ، وَإِلَّا فَهُوَ كَالْعَاقِلِ .

فصل : وَتَصِحُّ وَصِيَّةُ الْأَخْرَسِ إِذَا فُهِمَتْ إِشَارَتُهُ ^(٧) ؛ لِأَنَّهَا أُقِيمَتْ مُقَامَ نُطْقِهِ فِي طَلَاقِهِ وَلِعَانِهِ وَغَيْرِهِمَا ، فَإِنْ لَمْ تُفْهَمْ إِشَارَتُهُ ، فَلَا حُكْمَ لَهَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَغَيْرِهِمَا . فَأَمَّا النَّاطِقُ إِذَا اعْتَقِلَ لِسَانَهُ ، فَعَرِضَتْ عَلَيْهِ وَصِيَّتُهُ ، فَأَشَارَ بِهَا ، وَفُهِمَتْ إِشَارَتُهُ ، لَمْ تَصِحَّ وَصِيَّتُهُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَى الْكَلَامِ ، أَشَبَّهُ الْأَخْرَسَ . وَاحْتَجَّ ابْنُ الْمُنْذِرِ بِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ صَلَّى وَهُوَ قَاعِدٌ ، فَأَشَارَ إِلَيْهِمْ ، فَقَعَدُوا . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(٨) . وَخَرَّجَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا إِذَا اتَّصَلَ بِاعْتِقَالِ لِسَانِهِ الْمَوْتُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ مَأْيُوسٍ مِنْ نُطْقِهِ ، فَلَمْ تَصِحَّ وَصِيَّتُهُ بِإِشَارَتِهِ ، كَالْقَادِرِ عَلَى الْكَلَامِ . وَالْحَبْرُ لَا يُلْزَمُ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكَلَامِ ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ إِشَارَةَ الْقَادِرِ / لَا تَصِحُّ بِهَا وَصِيَّةٌ وَلَا إِقْرَارٌ ، فَفَارَقَ الْأَخْرَسَ ، لِأَنَّهُ مَأْيُوسٌ مِنْ نُطْقِهِ .

٤٨/٦ و

فصل : وَإِنْ وَصَّى عَبْدٌ أَوْ مُكَاتَّبٌ أَوْ مُدَبِّرٌ أَوْ أُمٌّ وَلَدٍ وَصِيَّةً ، ثُمَّ مَاتُوا عَلَى الرُّقِّ ، فَلَا وَصِيَّةَ لَهُمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَالَ لَهُمْ . وَإِنْ عَتَقُوا ^(٩) ثُمَّ مَاتُوا أَوْ لَمْ يُعْتَبَرُوا وَصِيَّتُهُمْ ، صَحَّتْ ؛ لِأَنَّ لَهُمْ قَوْلًا صَحِيحًا وَأَهْلِيَّةً تَامَةً ، وَإِنَّمَا فَارَقُوا الْحُرَّ بِأَنَّهُمْ لَا مَالَ لَهُمْ ، وَالْوَصِيَّةُ تَصِحُّ مَعَ عَدَمِ الْمَالِ ، كَالْوَصِيِّ الْفَقِيرِ الَّذِي لَا شَيْءَ لَهُ ، ثُمَّ اسْتَعْنَى . وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمْ : مَتَى

(٧) فِي الْأَصْلِ : « إِشَارَاتِهِ » .

(٨) فِي : بَابِ إِذَا جَعَلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتِمَ بِهِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْأَذَانِ ، وَفِي : بَابِ صَلَاةِ الْقَاعِدِ ، مِنْ كِتَابِ التَّقْصِيرِ ، وَفِي : بَابِ الْإِشَارَةِ فِي الصَّلَاةِ ، مِنْ كِتَابِ السَّهْوِ ، وَفِي : بَابِ إِذَا عَادَ مَرِيضًا فَحَضَرَتِ الصَّلَاةُ فَصَلَّى بِهِمْ جَمَاعَةً ، مِنْ كِتَابِ الْمَرْضَى . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٧٦/١ ، ١٧٧ ، ٥٨/٢ ، ٥٩ ، ٨٨ ، ٨٩ ، ١٥٢/٧ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْإِمَامِ يَصَلِّي مِنْ قَعْدٍ ، مِنْ كِتَابِ الصَّلَاةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١٤٢/١ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ إِذَا جَعَلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتِمَ بِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِقَامَةِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٣٩٢/١ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ صَلَاةِ الْإِمَامِ وَهُوَ جَالِسٌ ، مِنْ كِتَابِ صَلَاةِ الْجَمَاعَةِ . الْمُوطَأُ ١٣٥/١ .

(٩) فِي م : « أَعْتَقُوهُمْ » .

عَتَقْتُ ثُمَّ مِتُّ ، فَتُلِّيَ لِفُلَانٍ وَصِيَّةٌ ، فَعَتَقَ وَمَاتَ ، صَحَّحَتْ وَصِيَّتُهُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو يَوْسَفَ ، وَحَمَدٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَلَا أَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ .

فصل : وَتَصِيحُ وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ لِلذَّمِيِّ ، وَالذَّمِيُّ لِلْمُسْلِمِ ، وَالذَّمِيُّ لِلذَّمِيِّ . رَوَى إِجَازَةً وَصِيَّةُ^(١٠) الْمُسْلِمِ لِلذَّمِيِّ عَنْ شُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَنَفِيَّةِ ، وَعَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا ﴾^(١١) . هُوَ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ لِلْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ . وَقَالَ سَعِيدٌ : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ، عَنْ أَيُّوبَ ، عَنْ عِكْرِمَةَ ، أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ حُصَيْنٍ بَاعَتْ حُجْرَتَهَا مِنْ مُعَاوِيَةَ بِمِائَةِ أَلْفٍ ، وَكَانَ لَهَا أَخٌ يَهُودِيٌّ ، فَعَرَضَتْ عَلَيْهِ أَنْ يُسَلِّمَ فَبِزَتْ ، فَأَبَى ، فَأَوْصَتْ لَهُ بِثُلْثِ الْمِائَةِ^(١٢) . وَلَا تَنْهَى تَصِيحُ لَهُ الْهَبَةَ ، فَصَحَّحَتْ الْوَصِيَّةَ لَهُ ، كَالْمُسْلِمِ ، وَإِذَا^(١٣) صَحَّحَتْ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ لِلذَّمِيِّ ، فَوَصِيَّةُ الذَّمِيِّ لِلْمُسْلِمِ وَالذَّمِيُّ لِلذَّمِيِّ أَوْلَى . وَلَا تَصِيحُ إِلَّا بِمَا تَصِيحُ بِهِ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ لِلْمُسْلِمِ . وَلَوْ أَوْصَى لِوَارِثِهِ ، أَوْ لِأَجْنَبِيٍّ ، بِأَكْثَرٍ مِنْ ثُلْثِهِ ، وَقَفَّ عَلَىٰ إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ ، كَالْمُسْلِمِ سِوَاءٍ .

فصل : وَتَصِيحُ الْوَصِيَّةِ لِلْخَرَبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا تَصِيحُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ ﴾ ، إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ ﴾ . الْآيَةُ^(١٤) . فَيَدُلُّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ مَنْ قَاتَلَنَا لَا يَحِلُّ بَرُّهُ . وَلَنَا ،

ظ ٤٨/٦

(١٠) سقط من : ١ ، م .

(١١) سورة الأحزاب ٦ .

(١٢) في م زيادة : « ألف » .

وتقدم تخريجه في صفحة ٢٣٦ .

(١٣) في م : « وأنها » .

(١٤) سورة الممتحنة ٨ ، ٩ .

أَنَّهُ تَصِيحُ هِبْتُهُ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، كَالذَّمِّ . وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى عَمَرَ حُلَّةً مِنْ خَرِيرٍ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ كَسَوْتَنِيهَا ، وَقَدْ قُلْتُ فِي حُلَّةٍ عُطَارِدٍ مَا قُلْتُ ، فَقَالَ : « إِنِّي لَمْ أُعْطِكَهَا لِتَلْبَسَهَا » . فَكَسَاهَا عَمَرُ أَخَاهُ مُشْرِكًا لَهُ بِمَكَّةَ^(١٥) . وَعَنْ أَسْمَاءَ بِنْتِ أَبِي بَكْرٍ ، قَالَتْ : أَتَتْنِي أُمِّي وَهِيَ رَاغِبَةٌ - تَعْنِي الْإِسْلَامَ - فَسَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَتَتْنِي أُمِّي وَهِيَ رَاغِبَةٌ ، أَفَأَصِلُهَا ؟ قَالَ : « نَعَمْ »^(١٦) . وَهَذَانِ فِيهِمَا صِلَةُ أَهْلِ الْحَرْبِ وَبِرُّهُمْ . وَالْآيَةُ حُجَّةٌ لَنَا فِي مَنْ لَمْ يُقَاتِلْ ، فَأَمَّا الْمُقَاتِلُ فَإِنَّهُ نَهَى عَنْ تَوَلَّيْهِ لَاعِنِ بَرِّهِ وَالْوَصِيَّةُ لَهُ ، وَإِنْ اخْتَجَّ بِالْمَفْهُومِ ، فَهُوَ لَا يَرَاهُ حُجَّةً . ثُمَّ قَدْ حَصَلَ الْإِجْمَاعُ عَلَى جَوَازِ الْهَيْبَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ فِي مَعْنَاهَا . فَأَمَّا الْمُرْتَدُّ ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : تَصِيحُ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، كَمَا تَصِيحُ هِبْتُهُ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا تَصِيحُ ، لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، وَلَا يَرِثُ ، وَلَا يُورَثُ ، فَهُوَ كَالْمَيْتِ . وَلِأَنَّ مِلْكَهُ يَزُولُ عَنْ مَالِهِ بِرِدَّتِهِ فِي قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ وَجَمَاعَةٍ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ بِالْوَصِيَّةِ .

فصل : وَلَا تَصِيحُ الْوَصِيَّةُ لِكَافِرٍ بِمُضْخَفٍ وَلَا عَبْدٍ مُسْلِمٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ هِبَتُهُمَا لَهُ ، وَلَا يَتَّعِيَهُمَا مِنْهُ . وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِعَبْدٍ كَافِرٍ ، فَأُسْلِمَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ ، وَإِنْ أُسْلِمَ بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ ، بَطَلَتْ ، عِنْدَ مَنْ يَرَى أَنَّ الْمِلْكَ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالْقَبُولِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَّيَدِيَ الْمِلْكُ عَلَى مُسْلِمٍ ، وَمَنْ قَالَ : يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِالْمَوْتِ قَبْلَ الْقَبُولِ . قَالَ : الْوَصِيَّةُ صَحِيحَةٌ ؛ لِأَنَّا نَتَّبِعُ أَنَّ الْمِلْكَ يَثْبُتُ بِالْمَوْتِ ، لِأَنَّهُ أُسْلِمَ بَعْدَ أَنْ مَلَكَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَأْتِي بِسَبَبٍ لَوْلَاهُ لَمْ يَثْبُتِ الْمِلْكُ ، فَمَنَعَ مِنْهُ ، كَاتِبَاءِ الْمِلْكِ .

فصل : وَلَا تَصِيحُ الْوَصِيَّةُ بِمَعْصِيَةٍ وَفِعْلٍ مُحَرَّمٍ ، مُسْلِمًا كَانَ الْمُوصِي أَوْ ذِمِّيًّا ،

(١٥) تقدم تخريجه ، في : ١١٥/٤ . ويضاف إليه : وأخرجه النسائي أيضا ، في : باب الهيبة للجمعة ، من كتاب الجمعة . المجتبى ٧٨/٣ .

(١٦) تقدم تخريجه ، في : ١١٤/٤ .

فلو وصى ببناء كنيسة أو بيت نار، أو عمارتهما، أو الإتفاق عليهما، كان باطلاً .
وهذا قال الشافعي، وأبو ثور . وقال أصحاب الرأي : يصح . وأجاز أبو حنيفة
الوصية بأرضه / تبنى كنيسة . وخالفه صاحباه . وأجاز أصحاب الرأي أن يوصى بشيء
خمر أو خنازير ، ويتصدق بها على أهل الذمة . وهذه وصايا باطلة ، وأفعال محرمة ؛
لأنها معصية ، فلم تصح الوصية بها ، كما لو وصى بعبد أو أمته للفجور . وإن وصى
لكتب التوراة والإنجيل ، لم تصح ؛ لأنها كتب منسوخة ، وفيها تبديل ، والاشتغال
بها غير جائز ، وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً مكتوباً من التوراة^(١٧) .
وذكر القاضي أنه لو أوصى لحضر البيع وقنديلها ، وما شاكل ذلك ، ولم يقصد
إعطائها بذلك ، صحت الوصية ؛ لأن الوصية لأهل الذمة ، فإن النفع يعود إليهم ،
والوصية لهم صحيحة . والصحيح أن هذا مما لا تصح الوصية به ؛ لأن ذلك إنما هو
إعانة لهم على معصيتهم ، وتعتيم لكنائسهم . ونقل عن أحمد كلام يدل^(١٨) على
صحة^(١٩) الوصية من الذمي بخدمة الكنيسة . والأول أولى وأصح . وإن وصى ببناء
بيت يسكنه المجتازون من أهل الذمة وأهل الحرب ، صح ؛ لأن بناء مساكنهم ليس
بمعصية .

٩٧٣ - مسألة ؛ قال : (ومن أوصى لأهل قرية ، لم يغط من فيها من الكفار ،
إلا أن يذكرهم)

يعنى به المسلم ، إذا أوصى لأهل قريته أو لقرايته بلفظ عام ، يدخل فيه مسلمون
وكفار ، فهي للمسلمين خاصة ، ولا شيء للكفار . وقال الشافعي : يدخل فيه
الكفار ؛ لأن اللفظ^(١) يتناولهم بعمومه ، ولأن الكافر لو أوصى لأهل قريته

(١٧) أخرجه الدارمي ، في : باب ما يتقى من تفسير حديث النبي ﷺ ... سنن الدارمي ١/ ١١٥ ، ١١٦ .
والإمام أحمد ، في : المسند ٣/ ٣٨٧ .

(١٨ - ١٩) في م : « لصحة » .

(١) في الزيادة : « عام » .

أَوْ قَرَاتِهِ ، دَخَلَ فِيهِ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ ، فَكَذَلِكَ الْمُسْلِمُ . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ (٢) . فَلَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الْكَفَّارُ إِذَا كَانَ الْمَيِّتُ مُسْلِمًا ، وَإِذَا لَمْ يَدْخُلُوا فِي وَصِيَّةِ اللَّهِ تَعَالَى ، مَعَ عُمُومِ اللَّفْظِ ، فَكَذَلِكَ فِي وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ ، وَلَأنَّ ظَاهِرَ حَالِهِ أَنَّهُ لَا يُرِيدُ الْكَفَّارَ ، لِمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ مِنْ عَدَاوَةِ الدِّينِ ، وَعَدَمِ الْوَصْلَةِ ، الْمَانِعِ / مِنَ الْمِيرَاثِ ، وَوُجُوبِ التَّفَقُّعِ عَلَى فَقِيرِهِمْ ، وَلِذَلِكَ خَرَجُوا مِنْ عُمُومِ اللَّفْظِ فِي الْأَوْلَادِ وَالْإِخْوَةِ وَالْأَزْوَاجِ ، وَسَائِرِ الْأَلْفَاظِ الْعَامَّةِ فِي الْمِيرَاثِ ، فَكَذَا هُنَا ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أُجْرِيَتْ مُجْرَى الْمِيرَاثِ . وَإِنْ صَرَّحَ بِهِمْ ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ صَرِيحَ (٣) الْمَقَالِ لَا يُعَارِضُ بَقَرِينَةَ الْحَالِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُمْ وَأَهْلُ الْقَرْيَةِ كُلُّهُمْ كُفَّارًا ، أَوْ أَوْصَى لِقَرَاتِهِ ، وَكُلُّهُمْ (٤) كُفَّارًا ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَخْصِيصَهُمْ ، إِذْ فِي إِخْرَاجِهِمْ رَفْعُ اللَّفْظِ بِالْكُلِّيَّةِ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ وَاحِدٌ ، وَالْبَاقِي كُفَّارًا ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ إِخْرَاجَهُمْ بِالتَّخْصِيصِ هُنَا بَعِيدٌ ، وَفِيهِ مُخَالَفَةُ الظَّاهِرِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مُخَالَفَةُ لَفْظِ الْعُمُومِ . وَالثَّانِي ، حَمْلُ اللَّفْظِ الدَّالِّ عَلَى الْجَمْعِ عَلَى الْمُفْرَدِ (٥) . وَإِنْ كَانَ أَكْثَرُ أَهْلِهَا كُفَّارًا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرِيقِ أَنَّهُ لِلْمُسْلِمِينَ ؛ لِأَنَّهُ أُمَكِّنَ حَمْلُ اللَّفْظِ عَلَيْهِمْ ، وَصَرَّفَهُ إِلَيْهِمْ ، وَالتَّخْصِيصُ يَصِحُّ وَإِنْ كَانَ بِإِخْرَاجِ الْأَكْثَرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَدْخُلَ الْكَفَّارُ فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ التَّخْصِيصَ فِي مِثْلِ هَذَا بَعِيدٌ ، فَإِنَّ تَخْصِيصَ الصُّورَةِ النَّادِرَةِ قَرِيبٌ ، وَتَخْصِيصَ الْأَكْثَرِ بَعِيدٌ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى دَلِيلٍ قَوِيٍّ . وَالْحُكْمُ فِي سَائِرِ الْأَلْفَاظِ الْعُمُومِ ، مِثْلُ أَنْ يُوصَى لِإِخْوَتِهِ ، أَوْ عُمُومَتِهِ ، أَوْ بَنِي عَمِّهِ ، أَوْ لِلنِّتَامَى ، أَوْ لِلْمَسَاكِينِ ، كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا أَوْصَى لِأَهْلِ قَرْيَتِهِ . فَأَمَّا إِنْ أَوْصَى بِذَلِكَ كَافِرًا ، فَإِنَّ وَصِيَّتَهُ تَتَنَاوَلُ أَهْلَ دِينِهِ ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ يَتَنَاوَلُهُمْ ، وَقَرِينَةُ حَالِهِ إِرَادَتُهُمْ ، فَأَشْبَهَ وَصِيَّةَ الْمُسْلِمِ الَّتِي يَدْخُلُ فِيهَا أَهْلُ دِينِهِ . وَهَلْ يَدْخُلُ فِي وَصِيَّتِهِ

(٢) سورة النساء ١١ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « تَصْرِيحٌ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « وَجْمِعُهُمْ » .

(٥) فِي م : « الْمَفْرَدَةُ » .

المُسْلِمُونَ ؟ نَظَرْنَا ، فَإِنْ وَجَدَتْ قَرِينَةً دَالَّةً عَلَى دُخُولِهِمْ ، مِثْلَ أَنْ لَا يَكُونَ فِي الْقَرْيَةِ إِلَّا مُسْلِمُونَ ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا إِلَّا كَافِرٌ وَاحِدٌ ، وَسَائِرُ أَهْلِهَا مُسْلِمُونَ ، وَإِنْ انْتَفَتِ الْقَرَايِنُ ، فَفِي دُخُولِهِمْ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَدْخُلُونَ ، كَمَا لَمْ يَدْخُلِ الْكُفَّارُ فِي وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ . وَالثَّانِي ، يَدْخُلُونَ ؛ لِأَنَّ عُمُومَ اللَّفْظِ يَتَنَاوَلُهُمْ ، وَهُمْ أَحَقُّ بِوَصِيَّتِهِ مِنْ غَيْرِهِمْ ، فَلَا يُصَرَّفُ اللَّفْظُ عَنْ مُقْتَضَاهُ ، وَمِنْ هُوَ أَحَقُّ بِحُكْمِهِ إِلَى غَيْرِهِ . / وَإِنْ كَانَ فِي الْقَرْيَةِ كَافِرٌ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ دِينِ الْمُوصِي ، لَمْ يَدْخُلْ فِي وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ قَرِينَةَ حَالِ الْمُوصِي تُخْرِجُهُ ، وَلَمْ يُوجَدْ فِيهِ مَا وَجَدَ فِي الْمُسْلِمِ مِنَ الْأُولَوِيَّةِ ، فَبَقِيَ خَارِجًا بِحَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَخْرُجَ ، بِنَاءً عَلَى تَوْرِيثِ الْكُفَّارِ بَعْضِهِمْ مِنْ بَعْضٍ مَعَ ^(٦) اخْتِلَافِ دِينِهِمْ .

و ٥٠/٦

٩٧٤ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى بِكُلِّ مَالِهِ ، وَلَا عَصَبَةَ لَهُ ، وَلَا مَوْلَى لَهُ ^(١)) ، فَجَائِزٌ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةً أُخْرَى : لَا يَجُوزُ إِلَّا الثَّلَثُ)

اختلفت الرواية عن أحمد ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ لَمْ يَخْلُفْ مِنْ وُرائِهِ عَصَبَةً ، وَلَا ذَا فَرْصٍ ، فَرَوَى عَنْهُ أَنَّ وَصِيَّتَهُ جَائِزَةٌ بِكُلِّ مَالِهِ . ثَبَتَ هَذَا عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَبِهِ قَالَ عُبَيْدَةُ السُّلَمَانِيُّ ، وَمَسْرُوقٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ . وَالرِّوَايَةُ الْأُخْرَى : لَا يَجُوزُ إِلَّا الثَّلَثُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ شُبْرَمَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ؛ لِأَنَّ لَهُ مَنْ يَعْقِلُ عَنْهُ ، فَلَمْ تَنْفُذْ وَصِيَّتَهُ فِي أَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثِهِ ، كَمَا لَوْ تَرَكَ وَارِثًا . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَنْعَ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ إِنَّمَا كَانَ لِتَعْلُقِ حَقِّ الْوَرِثَةِ بِهِ ^(٢) ، بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » ^(٣) . وَهَهُنَا

(٦) فِي ١ ، م : ٥ : عَلَى ٥ .

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ١ ، م .

(٣) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي : ٦ / ٣٧ .

لا وَاِثْرَ لَهُ يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ^(٤) بِمَالِهِ ، فَأَشْبَهَ حَالَ الصَّحَّةِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَالِهِ حَقُّ وَاِثْرِ وَلَا غَيْرِهِمْ ، أَشْبَهَ حَالَ الصَّحَّةِ أَوْ أَشْبَهَ الثَّلَثَ .

فصل : وَإِنْ خَلَفَ ذَا فَرَضٍ ، لَا يَرِثُ الْمَالَ كُلَّهُ ، كَبِنْتٍ ، أَوْ أُمٍّ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْوَصِيَّةُ بِأَكْثَرٍ مِنَ الثَّلَثِ ؛ لِأَنَّ سَعْدًا قَالَ لِلنَّبِيِّ ﷺ : لَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَتِي . فَمَنَعَهُ النَّبِيُّ ﷺ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الثَّلَثِ^(٥) . وَلِأَنَّهُا تَسْتَحِقُّ جَمِيعَ الْمَالِ بِالْفَرَضِ وَالرَّدِّ^(٦) ، فَأَشْبَهَتْ الْعَصَبَةَ . وَإِنْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ ، أَوْ لِلرَّجُلِ امْرَأَةٌ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَنْقُصُ حَقَّهُ ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ فَرَضَهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ زَيْنٍ ﴾^(٧) . فَأَمَّا ذَوُو^(٨) الْأَرْحَامِ / ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الْوَصِيَّةُ بِجَمِيعِ الْمَالِ ؛ لِقَوْلِهِ : « وَلَا عَصَبَةٌ لَهُ وَلَا مَوْلَى لَهُ » . وَذَلِكَ لِأَنَّ ذَا الرَّجْمِ إِرْثُهُ كَالْفَضْلَةِ وَالصَّلَةِ ، وَلِذَلِكَ لَا يُصَرَّفُ إِلَيْهِ شَيْءٌ إِلَّا عِنْدَ عَدَمِ الرَّدِّ وَالْمَوْلَى ، وَلَا^(٩) تَجِبُ نَفَقَتُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَنْقُذَ وَصِيَّتُهُ بِأَكْثَرٍ مِنْ ثُلُثِهِ ؛ لِأَنَّ لَهُ وَاِثْرًا ، فَيَدْخُلُ فِي مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « إِنَّكَ أَنْ تَدْعَ^(١٠) وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . وَلِأَنَّهُمْ وَرَثَةٌ يَسْتَحِقُّونَ مَالَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَصِلَتُهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ ، فَأَشْبَهُوا ذَوِي الْفُرُوضِ وَالْعَصَبَاتِ ، وَتَقْدِيمُ غَيْرِهِمْ عَلَيْهِمْ لَا يَمْنَعُ مُسَاوَاتِهِمْ لَهُمْ فِي مَسَائِلِنَا ، كَذَوِي الْفُرُوضِ الَّذِينَ يَخْجُبُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا وَالْعَصَبَاتِ .

فصل : فَإِنْ خَلَفَ ذَا فَرَضٍ لَا يَرِثُ الْمَالَ كُلَّهُ ، وَقَالَ : أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِثُلَاثِي ، عَلَى

(٤) فِي م : « حَقُّ » .

(٥) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي : ٦ / ٣٧ .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(٧) سُورَةُ النِّسَاءِ ١١ .

(٨) فِي م : « ذَوُو » .

(٩) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : م .

(١٠) فِي الْأَصْلِ ، أ : « تَتْرِكُ » .

أَنَّهُ لَا يَنْقُصُ ذَا الْفَرَضِ شَيْئًا مِنْ فَرَضِهِ . أَوْ خَلَفَ امْرَأَةً ، وَقَالَ : أَوْصَيْتُ لَكَ بِمَا فَضَّلَ مِنْ الْمَالِ عَنْ فَرَضِهَا . صَحَّ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ؛ لِأَنَّ ذَا الْفَرَضِ يَرِثُ الْمَالَ كُلَّهُ ، لَوْلَا الْوَصِيَّةُ ، فَلَا فَرْقَ فِي الْوَصِيَّةِ بَيْنَ أَنْ يَجْعَلَهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ أَوْ مِنَ الزَّائِدِ عَلَى الْفَرَضِ . وَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ ، فَتَنْبِيْهُ عَلَى الْوَصِيَّةِ بِجَمِيعِ الْمَالِ ، فَإِنْ قُلْنَا : تَصِحُّ ثُمَّ . صَحَّتْ هُنَا ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ عَنْ فَرَضِ الزَّوْجَةِ مَالٌ لَا وَارِثَ لَهُ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ زَوْجَةً . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَصِحُّ ثُمَّ . فَهُنَا مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ نَيْتَ الْمَالِ جُعِلَ كَالْوَارِثِ ^(١) ، فَصَارَ كَأَنَّهُ ذُو وَرَثَةٍ يَسْتَعْرِقُونَ الْمَالَ إِذَا عَيَّنَ الْوَصِيَّةَ مِنْ نَصِيبِ الْعَصْبَةِ مِنْهُمْ ، فَعَلِيَ هَذَا يُعْطَى الْمُوصَى لَهُ الثُّلُثُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَيَسْقُطُ تَخْصِيصُهُ .

٩٧٥ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لِعَبْدِهِ بِثُلْثِ مَالِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ يُخْرَجُ مِنَ الثُّلْثِ عَتَقَ ، وَمَا فَضَلَ مِنَ الثُّلْثِ بَعْدَ عَتَقِهِ ، فَهُوَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يُخْرَجْ مِنَ الثُّلْثِ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلْثِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ)

وجملة ذلك أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى لِعَبْدِهِ بِجُزْءٍ شَائِعٍ مِنْ مَالِهِ ، كَثُلْثٍ أَوْ رُبْعٍ أَوْ سُدُسٍ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، فَإِنْ خَرَجَ الْعَبْدُ مِنَ الْوَصِيَّةِ ، عَتَقَ ، وَاسْتَحَقَّ بِاقِيهَا ، وَإِنْ لَمْ يُخْرَجْ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الْوَصِيَّةِ . وَهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، إِلَّا أَنَّهُمْ قَالُوا : إِنْ لَمْ يُخْرَجْ مِنَ الثُّلْثِ ، سَعَى فِي قِيَمَةِ بَاقِيهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ، إِلَّا أَنْ يُوصِيَ بِعَتَقِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى لِمَالٍ ^(١) يَصِيرُ لِلْوَرَثَةِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ أَوْصَى لَهُ بِمُعَيَّنٍ . وَلَنَا ، أَنَّ الْجُزْءَ الشَّائِعَ يَتَنَاوَلُ نَفْسَهُ أَوْ بَعْضَهَا ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ الثُّلْثِ الشَّائِعِ ، وَالْوَصِيَّةُ لَهُ بِنَفْسِهِ تَصِحُّ وَيَعْتَقُ ، وَمَا فَضَلَ يَسْتَحِقُّهُ ^(٣) ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ حُرًّا ، فَيَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ : اعْتَقُوا عَبْدِي مِنْ ثُلْثِي ، وَأَعْطُوهُ

٥١/٦ و

(١١) فِي م : « كَوَارِث » .

(١) فِي أ ، م : « بِمَال » .

(٢) فِي م : « بَعْضُهُ » .

(٣) فِي الْأَصْل : « اسْتَحَقَّهُ » .

(٤) مَا فَضَّلَ منه ، وفَارَقَ مَا إِذَا أَوْصَى بِمُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَنَاوَلُ شَيْئًا مِنْهُ .

فصل : فَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِمُعَيَّنٍ مِنْ مَالِهِ ، كَتُوبٍ أَوْ دَارٍ أَوْ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ، فِي قَوْلِ الْأَكْثَرِينَ . وَبِهِ يَقُولُ الثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى رَوَايَةً أُخْرَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ : إِنْ شَاءَ الْوَرِثَةُ أَجَازُوا ، وَإِنْ شَاءُوا رَدُّوا . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَبْدَ يَصِيرُ مِلْكًا لِلْوَرِثَةِ ، فَمَا وَصَّى بِهِ لَهُ فَهُوَ لَهُمْ ، فَكَأَنَّهُ أَوْصَى لَوَرِثَتِهِ بِمَا يَرْتَوْنَهُ ، فَلَا فَايِدَةَ فِيهِ . وَفَارَقَ مَا إِذَا أَوْصَى لَهُ بِمُشْتَاعٍ ؛ لَمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِرَقَبَتِهِ ، فَهُوَ تَذْيِيرٌ ، يَعْتَقُ إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِمَنْ لَا يَمْلِكُهُ عَلَى الدَّوَامِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ وَصَّى (٥) بِهِ لِأَبِيهِ (٥) ، وَلَأَنَّ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ لَهُ بِرَقَبَتِهِ عِتْقُهُ ، لِعَلِمِهِ بِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ ، فَصَارَتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ كِتَابَةً عَنْ إِعْتَاقِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ . وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِبَعْضِ رَقَبَتِهِ ، فَهُوَ تَذْيِيرٌ لَذَلِكَ الْجُزْءِ ، وَهَلْ يَعْتَقُ (٦) جَمِيعَهُ إِذَا حَمَلَهُ الثُّلُثُ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ ، ذَكَرَهُمَا الْخِرَقِيُّ فِيمَا إِذَا ذُبِرَ بَعْضَ عَبْدِهِ وَهُوَ مَالِكٌ لِكُلِّهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : / يَسْعَى فِي قِيَمَةِ بَاقِيهِ . وَهَذَا شَيْءٌ يَأْتِي فِي بَابِ الْعِتْقِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِمُكَاتِبِهِ (٧) ، أَوْ مُكَاتِبٍ وَارِثِهِ ، أَوْ مُكَاتِبٍ أَجْنَبِيٍّ ، صَحَّ ، سِوَاءِ أَوْصَى لَهُ بِجُزْءٍ شَائِعٍ أَوْ مُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّ وَرَثَتَهُ لَا يَسْتَحِقُّونَ الْمُكَاتِبَ . وَلَا يَمْلِكُونَ مَالَهُ . وَإِنْ أَوْصَى لِأُمِّ وَلَدِهِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا حُرَّةٌ حِينَ لُزُومِ الْوَصِيَّةِ . وَقَدْ

(٤ - ٤) ف م : « فافضل » .

(٥ - ٥) ف م : « بأبيه » .

(٦) ف ا ، م : « يعتقه » .

(٧) ف ا : « بمكاتبه » .

رَوَى عَنْ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ، أَنَّهُ أَوْصَى لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ^(٨). رَوَاهُ سَعِيدٌ. وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عِمْرَانَ بْنِ الْحُصَيْنِ. وَبِهِ قَالَ مَيْمُونُ بْنُ مِهْرَانَ، وَالزُّهْرِيُّ، وَيَحْيَى الْأَنْصَارِيُّ، وَمَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَإِسْحَاقُ. وَإِنْ وَصَّى لِمُدَبَّرِهِ، صَحَّ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ حُرًّا حِينَ لُزُومِ الْوَصِيَّةِ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ، كَأَمِّ الْوَلَدِ. وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلَاثِ هُوَ وَالْوَصِيَّةُ جَمِيعًا، قُدِّمَ عِنْتُهُ عَلَى الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ أَتَّفَعُ. وَقَالَ الْقَاضِي: يَفْتَقِرُ بَعْضُهُ، وَيَمْلِكُ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِقَدَرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ. وَلَنَا، أَنَّهُ وَصَّى لِعَبْدِهِ وَصِيَّةً صَحِيحَةً، فَيُقَدِّمُ عِنْتُهُ عَلَى مَا يَخْصُلُ لَهُ مِنَ الْمَالِ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِعَبْدِهِ الْقَيْنَ بِمُشَاعٍ مِنْ مَالِهِ.

فصل: وَإِنْ أَوْصَى لِعَبْدٍ غَيْرِهِ، صَحَّ، وَتَكُونُ الْوَصِيَّةُ لِسَيِّدِهِ^(٩)، وَالْقَبُولُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مُضَافًا إِلَيْهِ، فَأَشْبَهَ مَالُ وَهَبَةٍ شَيْئًا، فَإِذَا قَبِلَ ثَبَتَ لِسَيِّدِهِ، لِأَنَّهُ مِنْ كَسْبِ عَبْدِهِ، وَكَسْبُ الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ، وَلَا تَفْتَقِرُ فِي الْقَبُولِ إِلَى إِذْنِ السَّيِّدِ؛ لِأَنَّهُ كَسْبٌ، فَصَحَّ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، كَالِاخْتِطَابِ. وَهَذَا قَوْلُ أَهْلِ الْعِرَاقِ، وَالشَّافِعِيِّ. وَلِأَصْحَابِهِ وَجْهٌ آخَرُ^(١٠)، أَنَّ الْقَبُولَ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ السَّيِّدِ، لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ مِنَ الْعَبْدِ، فَأَشْبَهَ بَيْعَهُ وَشِرَاءَهُ. وَلَنَا، أَنَّهُ تَخْصِيلُ مَالٍ بِغَيْرِ عَوَضٍ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى إِذْنِهِ، كَقَبُولِ الْهَبَةِ وَتَخْصِيلِ الْمُبَاحِ. وَإِنْ وَصَّى لِعَبْدٍ وَارِثَهُ، فَهِيَ كَالْوَصِيَّةِ لَوَارِثِهِ، يَفْقُفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ. وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ. وَقَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَ يَسِيرًا جَازَ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُ، وَإِنَّمَا لِسَيِّدِهِ أَخْذُهُ مِنْ يَدِهِ، فَإِذَا وَصَّى لَهُ بِشَيْءٍ يَسِيرٍ، عَلِمَ أَنَّهُ قَصَدَ بِذَلِكَ الْعَبْدَ /، دُونَ سَيِّدِهِ. وَلَنَا، أَنَّهَا وَصِيَّةٌ لِعَبْدٍ وَارِثَهُ، فَأَشْبَهَتْ الْوَصِيَّةَ

٥٢/٦ و

(٨) في ١، م زيادة: «أربعة آلاف». وهي زيادة في سنن الدارمي. وأخرجه سعيد، في: وصية الصبي. السنن

١٢٨/١. كما أخرجه الدارمي، في: باب من أوصى لأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ، من كتاب الوصايا. سنن الدارمي

٤٢٣/٢.

(٩) سقط من: م.

بالكثير ، وما ذكره^(١٠) من ملك العبد ممنوع ، ولا اعتبار به ، فإنه مع هذا القصد يستحق سيده أخذه ، فهو كالكثير .

فصل : وإذا أوصى بعق أمته ، على أن لا تزوج . ثم مات ، فقالت : لا أنزوج . عتقت . فإن تزوجت بعد ذلك ، لم تبطل عتقها . وهذا مذهب الأوزاعي ، والليث ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي ؛ وذلك لأن العتق إذا وقع لا يمكن رفعه . وإن أوصى لأُم ولده بألف ، على أن لا تزوج ، أو على أن تثبت مع ولده ، ففعلت ، وأخذت الألف ، ثم تزوجت وترك ولده ، ففيها وجهان ؛ أحدهما ، تبطل وصيتها ؛ لأنه فات الشرط ، ففانت الوصية ، وفارق العتق ، فإنه لا يمكن رفعه . والثاني ، لا تبطل وصيتها . وهو قول أصحاب الرأي ؛ لأن وصيتها صحت ، فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها ، كالأولى .

فصل : واختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه ؛ فقال ابن حبيب : تجوز الوصية له . واحتج بقول أحمد ، في من جرح رجلاً خطأ ، فعفا المجروح . فقال أحمد : يعتبر من ثلثه . قال : وهذه وصية لقاتل . وهذا قول مالك ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وأظهر قول الشافعي ، رضي الله عنه ؛ لأن الهبة له نصيح ، فصحت الوصية له ، كالذمي . وقال أبو بكر : لا تصح الوصية له ؛ فإن أحمد قد نص على أن المدبر إذا قتل سيده ، بطل تذييره ، والتذير وصية . وهذا قول الثوري ، وأصحاب الرأي ؛ لأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية ، فالوصية أولى ، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث ، فيمنعها ما يمنع . وقال أبو الخطاب : إن وصى له بعد جرحه ، صح ، وإن وصى له قبله ، ثم طرأ القتل على الوصية ، أبطلها ، جمعاً بين نصي أحمد في الموضعين . وهو قول الحسن بن صالح . وهذا قول حسن ؛ لأن

(١٠) في م : ذكره .

الْوَصِيَّةَ بَعْدَ الْجَرْحِ صَدَرَتْ / مِنْ أَهْلِهَا فِي مَحَلِّهَا ، وَلَمْ يَطْرَأْ عَلَيْهَا مَا يُبْطِلُهَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَقَدَّمَ ، فَإِنَّ الْقَتْلَ طَرَأَ عَلَيْهَا فَأَبْطَلَهَا ، لِأَنَّهُ يُبْطِلُ مَا هُوَ آكُذُّ مِنْهَا ، يُحَقِّقُهُ ^(١) أَنَّ الْقَتْلَ إِنَّمَا مَنَعَ الْمِيرَاثَ ، لَكَوْنِهِ بِالْقَتْلِ اسْتَعْجَلَ الْمِيرَاثَ الَّذِي انْعَقَدَ سَبَبُهُ ، فَعُورِضَ بِنَقِيضِ قَصْدِهِ ، وَهُوَ مَنَعُ الْمِيرَاثِ ، دَفْعًا لِمَفْسَدَةِ قَتْلِ الْمَوْرُوثَيْنِ ، وَلِذَلِكَ بَطُلَ التَّذْيِيرُ بِالْقَتْلِ الطَّارِئِ عَلَيْهِ أَيْضًا ، وَهَذَا الْمَعْنَى مُتَحَقِّقٌ فِي الْقَتْلِ الطَّارِئِ عَلَى الْوَصِيَّةِ ، فَإِنَّهُ رَبَّمَا اسْتَعْجَلَهَا بِقَتْلِهِ . وَفَارَقَ الْقَتْلَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ بِهِ اسْتِعْجَالَ مَالٍ ، لِعَدَمِ انْعِقَادِ سَبَبِهِ ، وَالْمَوْصِي رَاضٍ بِالْوَصِيَّةِ لَهُ بَعْدَ صُدُورِ مَا صَدَرَ مِنْهُ فِي حَقِّهِ ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْعَمْدِ وَالْخَطَا فِي هَذَا ، كَمَا لَا يَفْتَرِقُ الْحَالُ بِذَلِكَ فِي الْمِيرَاثِ ، وَعَلَى هَذَا مَتَى دَبَّرَ عَبْدُهُ بَعْدَ جَرْحِهِ إِيَّاهُ ، صَحَّ تَذْيِيرُهُ .

٩٧٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ : أَحَدُ عَبْدَيْ خُرٍّ . أَقْرِعُ ^(١) بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ نَقَعَ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ، فَهُوَ خُرٌّ ، إِذَا خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ)

وجملة ذلك أنه إذا أعتق عبداً غير معين ، فإنه يُقْرِعُ بينهما ، فيُخْرَجُ الْحُرُّ بِالْقُرْعَةِ . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : له تَعْيِينُ أَحَدِهِمَا بغير قُرْعَةٍ ؛ لِأَنَّهُ عِتْقٌ مُسْتَحَقٌّ فِي غير مُعَيَّنٍ ، فَكَانَ التَّعْيِينُ إِلَى الْمُعْتَقِ ، كَالْعِتْقِ فِي الْكُفَّارَةِ ، وَكَأَلَوْ قَالَ لَوْرَثَتِهِ : أَعْتَقُوا عَنِّي عَبْدًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ عِتْقٌ اسْتَحَقَّهُ وَاحِدٌ مِنْ جَمَاعَةٍ مُعَيَّنِينَ ، فَكَانَ إِخْرَاجُهُ بِالْقُرْعَةِ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُمَا فَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ ثَلَاثَةٍ إِلَّا أَحَدُهُمَا ، وَدَلِيلُ الْحُكْمِ فِي الْأَصْلِ ، حَدِيثُ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ ^(٢) . فَأَمَّا الْعِتْقُ فِي الْكُفَّارَةِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَسْتَحَقَّهُ أَحَدٌ ، إِنَّمَا اسْتَحَقَّ عَلَى الْمُكْفَرِ التَّكْفِيرُ . وَأَمَّا إِذَا قَالَ : أَعْتَقُوا عَنِّي عَبْدًا . فَإِنْ لَمْ يُضِفْهُ إِلَى عَبِيدِهِ ، وَلَا إِلَى جَمَاعَةٍ سِوَاهُمْ ، فَهُوَ كَالْمُعْتَقِ فِي الْكُفَّارَةِ . وَإِنْ قَالَ : أَعْتَقُوا أَحَدَ عِبْدِي . اخْتَمَلَ أَنْ نَقُولَ بِإِخْرَاجِهِ بِالْقُرْعَةِ كَمَسْأَلَتِنَا ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يَرْجَعَ فِيهِ إِلَى اخْتِيَارِ الْوَرِثَةِ . وَأَصْلُ

(١) في م : « ويحققه » .

(١) في الأصل ، ١ : « قرع » .

(٢) تقدم تخريجُه في صفحة ٣٩٥ .

الْوَجْهَيْنِ مَالُو/ وَصَّى لِرَجُلٍ بَعِيدٍ مِنْ عَيْبِهِ ، هَلْ يُعْطَى أَحَدُهُمْ بِالْقُرْعَةِ ، أَوْ يَرْجَعُ فِيهِ^(٣) إِلَى اخْتِيَارِ الْوَرَثَةِ ؟ وَسَيَأْتِي الْكَلَامُ عَلَيْهَا . وَالْفَرْقُ بَيْنَ مَسْأَلَتِنَا وَبَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، أَنَّهُ^(٤) جَعَلَ الْأَمْرَ إِلَى الْوَرَثَةِ ، حَيْثُ أَمَرَهُمْ بِالْإِغْتِاقِ ، فَكَانَتِ الْخِيَرَةُ إِلَيْهِمْ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَمْ يَجْعَلْ لَهُمْ مِنَ الْأَمْرِ شَيْئًا ، فَلَا يَكُونُ لَهُمْ خِيَرَةٌ .

فصل : وَنَقَلَ صَالِحٌ عَنْ أَبِيهِ ، فِي مَنْ لَهُ غُلَامَانِ اسْمُهُمَا وَاحِدٌ ، فَقَالَ : فَلَانُ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . وَلَهُ مَائَتَانِ دِرْهَمٍ . وَلَمْ يُعَيِّنْهُ ، يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَيُعْتَقُ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الْمَائَتَيْنِ شَيْءٌ . وَوَجْهُ ذَلِكَ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَائَتَيْنِ وَقَعَتْ لَغَيْرِ مُعَيَّنٍ ، وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَّا لِمُعَيَّنٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَجِبُ أَنْ تَصِحَّ هَذِهِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا مُسْتَحَقُّهَا حُرٌّ فِي حَالِ اسْتِحْقَاقِهَا . وَنُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ قَالَ : أَعْتَقُوا رَقَبَةً عَنِّي . فَلَا يُعْتَقُ عَنْهُ إِلَّا مُسْلِمٌ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ مِنْ^(٥) كَلَامِ الْآدَمِيِّ يُحْمَلُ عَلَى الْمُطْلَقِ مِنْ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَلَمَّا أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِتَحْرِيرِ رَقَبَةٍ ، لَمْ يَتَنَاوَلْ إِلَّا الْمُسْلِمَ ، فَكَذَلِكَ الْآدَمِيُّ .

٩٧٧ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَوْصَى أَنْ يُشْتَرَى عَبْدٌ زَيْدٌ بِخُمْسِمَائَةٍ ، فَيُعْتَقَ ، فَلَمْ يَبْعُهُ سَيِّدُهُ ، فَالْخُمْسِمَائَةُ لِلْوَرَثَةِ . وَإِنْ اشْتَرَوْهُ بِأَقْلٍ ، فَمَا فَضْلُ فَهُوَ لِلْوَرَثَةِ) أَمَّا إِذَا تَعَدَّرَ شِرَاؤُهُ ، إِمَّا لَا مِثْلَ سَيِّدِهِ مِنْ بَيْعِهِ ، أَوْ مِنْ بَيْعِهِ بِالْخُمْسِمَائَةِ ، وَإِمَّا لِمَوْتِهِ ، أَوْ لِعَجْزِ الثَّلَاثِ عَنْ ثَمَنِهِ ، فَالْثَّمَنُ لِلْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بَطَلَتْ لِتَعَدُّرِ الْعَمَلِ بِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ فَمَاتَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، أَوْ بَعْدَهُ وَلَمْ يَدْعُ وَارِثًا . وَلَا يَلْزَمُهُمْ شِرَاءُ عَبْدٍ آخَرَ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِمُعَيَّنٍ ، فَلَا تُصَرَّفُ إِلَى غَيْرِهِ . وَأَمَّا إِنْ اشْتَرَوْهُ بِأَقْلٍ ، فَالْبَاقِي لِلْوَرَثَةِ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : يُدْفَعُ جَمِيعُ الثَّمَنِ إِلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ

(٣) سقط من : ١ ، م .

(٤) في الأصل زيادة : لو .

(٥) في م : في .

إِزْفَاقَهُ بِالْثَمَنِ^(١) وَمُحَابَاتَهُ بِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : يَبْعُوهُ عَبْدِي بِخُمْسِمَائِهِ . وَقِيمَتُهُ أَكْثَرُ مِنْهَا ، وَكَأَلَوْ أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ فَلَانَ حَاجَةً بِخُمْسِمَائِهِ . وَقَالَ إِسْحَاقُ : يُجْعَلُ بَقِيَّةُ الثَّمَنِ فِي الْعِتْقِ ، / كَأَلَوْ أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ بِخُمْسِمَائِهِ ، رُذُ مَا فَضَّلَ فِي الْحَجِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَمَرَ بِشِرَائِهِ بِخُمْسِمَائِهِ ، فَكَانَ مَا فَضَّلَ مِنَ الثَّمَنِ رَاجِعًا إِلَيْهِ ، كَأَلَوْ وَكُلَّ فِي شِرَائِهِ فِي حَيَاتِهِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ رَجُلٌ بِخُمْسِمَائِهِ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ ثُمَّ إِزْفَاقُ الَّذِي يَحُجُّ بِالْفَضْلَةِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا الْمَقْصُودُ الْعِتْقُ . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ بِخُمْسِمَائِهِ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ ثُمَّ لِلْحَجِّ مُطْلَقًا ، فَصَرَّفَ جَمِيعَهَا فِيهِ ، وَهَهُنَا الْمُعَيَّنُ ، فَلَا تَتَعَدَّاهُ . وَقَوْلُهُ : إِنَّهُ قَصَدَ إِزْفَاقَ زَيْدٍ بِالْثَمَنِ وَمُحَابَاتَهُ بِهِ . فَنَقُولُ : الصَّحِيحُ أَنَّهُ إِنْ كَانَتْ ثُمَّ قَرِينَةً تَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ ، إِمَّا لَكُونَ الْبَائِعِ صَدِيقًا لَهُ ، أَوْ ذَا حَاجَةٍ ، أَوْ مِنْ أَهْلِ الْفَضْلِ الَّذِينَ يُقْصِدُونَ بِهَذَا ، أَوْ عَيْنَ هَذَا الثَّمَنِ وَهُوَ يَعْلَمُ حُصُولَ الْعَبْدِ بِدُونِهِ ؛ لِإِقْلَةِ قِيمَتِهِ ، فَإِنَّهُ يُدْفَعُ جَمِيعُ الثَّمَنِ إِلَى زَيْدٍ ، كَأَلَوْ صَرَخَ بِذَلِكَ ، فَقَالَ : وَادْفَعُوا إِلَيْهِ جَمِيعَهَا ، وَإِنْ بَذَلَهُ بِدُونِهَا . وَإِنْ انْعَدَمَتْ هَذِهِ الْقَرَائِنُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ إِنَّمَا قَصَدَ الْعِتْقَ ، وَقَدْ حَصَلَ ، فَكَانَ الْفَاضِلُ عَائِدًا إِلَيْهِ ، كَأَلَوْ أَمَرَهُ بِالشَّرَاءِ فِي حَيَاتِهِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى أَنْ يُشْتَرَى عَبْدٌ بِالْفِ ، فَيُعْتَقَ عَنْهُ ، فَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ ثُلْثِهِ ، اشْتَرَى عَبْدٌ بِمَا يَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِالْفِ ، فَلَا يَجُوزُ لِلْمَأْمُورِ الشَّرَاءُ بِدُونِهِ ، كَالْوَكِيلِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَصِيَّةٌ يَجِبُ تَنْفِيدُهَا إِذَا اخْتَمَلَهَا الثُّلْثُ ، فَإِذَا لَمْ يَخْتَمِلْهَا وَجَبَ تَنْفِيدُهَا فِي مَا حَمَلَهُ ، كَأَلَوْ وَصَّى بِعِتْقِ عَبْدِهِ فَلَمْ^(٢) يَحْمِلْهُ الثُّلْثُ ، وَفَارَقَ الْوَكَالَهَ ، فَإِنَّهُ لَوْ وَكَّلَهُ فِي إِعْتَاقِ عَبْدٍ لَمْ يَمْلِكْ إِعْتَاقَ بَعْضِهِ ، وَلَوْ أَوْصَى بِإِعْتَاقِ عَبْدٍ ، لَا عِتْقَ مِنْهُ مَا يَحْتَمِلُهُ

(١) فِي مَزِيدَةٍ : « مُحَابَاتَهُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : « م » .

الثُلُثُ . فَأَمَّا إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ ، فَاشْتَرَاهُ وَأَعْتَقَهُ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ الْمَالَ ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ، وَيُرَدُّ الْعَبْدُ إِلَى الرُّقِّ إِنْ كَانَ اشْتَرَاهُ بَعَيْنِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ تَبَيُّنَ أَنَّ الشِّرَاءَ بَاطِلٌ بِكَوْنِهِ اشْتَرَى بِمَالٍ مُسْتَحَقٍّ لِلْعُرْمَاءِ بغيرِ إِذْنِهِمْ ، وَإِنْ كَانَ الشِّرَاءُ فِي الذِّمَّةِ ، صَحَّ الشِّرَاءُ ، وَتَفَذَّ الْعَتَقُ / ، وَعَلَى الْمُشْتَرِي غَرَامَةٌ تَمْنِيهِ ، وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ مَا غَرَّهُ ، إِنَّمَا غَرَّهُ الْمُوصِي ، وَلَا تَرِكَةٌ لَهُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُشَارِكَ الْعُرْمَاءُ فِي التَّرِكَةِ ، وَيَضْرِبَ مَعَهُمْ بِقَدْرِ دَيْنِهِ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ لَزِمَهُ بِتَعْرِيرِ الْمُوصِي ، فَيَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ ، فَإِذَا كَانَ مَيِّتًا لَزِمَهُ فِي تَرِكَتِهِ ، كَأَرْشِ جَنَائِيَتِهِ .

٥٤/٦ و

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِشِرَاءِ عَبْدٍ وَأُطْلِقَ ، أَوْ وَصَّى بِبَيْعِ عَبْدِهِ وَأُطْلِقَ ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا بَدْلَ لَهَا مِنْ مُسْتَحَقٍّ ، وَلَا مُسْتَحَقٍّ هُنَا . وَإِنْ وَصَّى بِبَيْعِهِ بِشَرْطِ الْعَتَقِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، وَبِيعَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ فِي الْبَيْعِ هُنَا نَفْعًا لِلْعَبْدِ بِالْعَتَقِ . فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ مَنْ يَشْتَرِيهِ كَذَلِكَ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِتَعَدُّرِهَا ، كَمَا لَوْ وَصَّى بِشِرَاءِ عَبْدٍ لِيُعْتَقَ ، فَلَمْ يَبِعْهُ سَيِّدُهُ . وَإِنْ وَصَّى بِبَيْعِهِ لِرَجُلٍ بَعَيْنَهُ بِشَمَنْ مَعْلُومٍ ، يَبِيعُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَصَدَ إِزْفَاقَهُ بِذَلِكَ فِي الْغَالِبِ . وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ تَمْنًا ، يَبِيعُ بِقِيمَتِهِ ، وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِكَوْنِهِ قَصْدًا لِإِصْصَالِ الْعَبْدِ بِعَيْنِهِ إِلَى رَجُلٍ بَعَيْنَهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَعَلَّقَ الْعَرَضُ بِإِزْفَاقِ الْعَبْدِ بِإِصْصَالِهِ إِلَى مَنْ هُوَ مَعْرُوفٌ بِحُسْنِ الْمَلَكَةِ ، وَإِعْتِاقِ الرُّقَابِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ إِزْفَاقَ الْمُشْتَرِي لِمَعْنَى يَحْصُلُ لَهُ مِنَ الْعَبْدِ . فَإِنْ تَعَدَّرَ بَيْعُهُ لَذَلِكَ الرَّجُلُ ، أَوْ أَبَى أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِالثَّمَنِ ، أَوْ بِقِيمَتِهِ إِنْ لَمْ يُعَيَّنِ الثَّمَنُ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

٩٧٨ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَإِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِعَبْدٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَقِيمَتُهُ مَائَةٌ ، وَلَا خَرَّ بَثْلُ مَالِهِ ، وَمِلْكُهُ غَيْرُ الْعَبْدِ مَائَتًا دَرَاهِمًا ، فَأَجَازَ الْوَرِثَةُ ذَلِكَ ^(١)) ، فَلَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالْثُلُثِ ثُلُثُ الْمَائَتَيْنِ وَرُبْعُ الْعَبْدِ ، وَلَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالْعَبْدِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ . وَإِنْ

(١) سقط من : الأصل ، ١ .

لَمْ يُجْزِ الْوَرَّةُ ذَلِكَ ، فَلَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالثُّلُثِ سُدُسُ الْمَائَتَيْنِ وَسُدُسُ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ
وَصِيَّتَهُ فِي الْجَمِيعِ ، وَلَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالْعَبْدِ نِصْفَهُ ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ ، فِي الْعَبْدِ (

وجملته أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ، ولاخر بجزء مشاع منه ، / كثلث
المال ورُبعه ، فأجيز لهما ، انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ، ثم شارك
صاحب المعين فيه ، فيقتسمانه بينهما على قدر حقيتهما فيه ، ويدخل النقص على كل
واحد منهما بقدر ماله في الوصية ، كمسائل العول ، وكما لو أوصى لرجل بماله ، ولاخر
بجزء منه . فأمّا في حال الرد ، فإن كانت وصيتهما لا تجاوز الثلث ، مثل أن يوصي
لرجل بسُدُسِ ماله ، ولاخر بمعين قيمته سُدُسُ المال ، فهي كحال الإجازة سواء ،
إذ لا أثر للرد . وإن جاوزت ^(٢) ثلثه ، ردّذنا وصيتهما إلى الثلث ، وقسمناه بينهما على
قدر وصيتهما ، إلا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين ، والاخر يأخذ حقه
من جميع المال . هذا ^(٣) قول الخرقي ، وسائر الأصحاب . ويقوى عندي أنهما في
حال الرد يقتسمان الثلث ، على حسب مالهما في الإجازة . وهذا قول ابن أبي ليلى .
وقال أبو حنيفة ، ومالك في الرد : يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ، ويضم الآخر
سيهامه إلى سهام الورثة ، ويقتسمون الباقي على خمسة ، في مثل مسألة الخرقي ؛
لأن له السُدُسَ ، وللورثة أربعة أسداس . وهو مثل قول الخرقي ، إلا أن الخرقي
يُعْطِيهِ السُدُسَ من جميع المال ، وعندهما أنه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد ، وأنفقوا
على أن كل واحد من الوصيين يرجع إلى نصف وصيته ؛ لأن كل واحد منهما قد أوصى
له بثلث المال ، وقد رجعت الوصيتان إلى الثلث ، وهو نصف الوصيتين ، فيرجع كل
واحد إلى نصف وصيته ، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية .

(٢) في الأصل ، ١ : « جاوز » .

(٣) في ١ ، م : زيادة « هو » .

وفي قول الخِرَقِي رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ : يَأْخُذُ^(٤) كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ وَصِيَّتِهِ مِنَ الْمَحَلِّ
الَّذِي وَصَّى لَهُ مِنْهُ ، وَصَاحِبُ الثُّلُثِ يَأْخُذُ سُدُسَ الْجَمِيعِ^(٥) ؛ لِأَنَّهُ وَصَّى لَهُ بِثُلُثِ
الْجَمِيعِ . وَأَمَّا عَلَى قَوْلِنَا ، فَإِنَّ وَصِيَّةَ صَاحِبِ الْعَبْدِ دُونَ وَصِيَّةِ صَاحِبِ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّهُ
وَصَّى لَهُ بِشَيْءٍ أَشْرَكَ مَعَهُ غَيْرُهُ فِيهِ كُلَّهُ ، وَصَاحِبُ الثُّلُثِ أَفْرَدَهُ بِشَيْءٍ لَمْ يُشَارِكْهُ فِيهِ
غَيْرُهُ ، فَوَجَبَ أَنْ يُقَسَّمَ بَيْنَهُمَا الثُّلُثُ حَالَةَ الرَّدِّ عَلَى حَسَبِ مَا لِهَذَا فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ،
كَمَا فِي سَائِرِ الْوَصَايَا ، فَقِي^(٦) «مَسْأَلَةُ الْخِرَقِي»^(٧) هَذِهِ^(٨) ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثُ الْمَائَتَيْنِ
سِتَّةً وَسِتُّونَ وَثَلَاثِينَ ، لَا يُزَاحِمُهُ الْآخَرُ فِيهَا ، وَيَشْتَرِكُ فِي الْعَبْدِ ، لِهَذَا ثُلُثُهُ ، وَلِلْآخَرِ
جَمِيعُهُ ، فَابْسُطُهُ^(٩) مِنْ جِنْسِ الْكَسْرِ ، وَهُوَ الثُّلُثُ ، يَصِيرُ الْعَبْدُ ثَلَاثَةً ، وَاضْمُمْ
إِلَيْهَا الثُّلُثَ الَّذِي لِلْآخَرِ ، يَصِيرُ أَرْبَعَةً ، ثُمَّ^(١٠) اقْسِمِ الْعَبْدَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ ، يَصِيرُ
الثُّلُثُ رُبْعًا ، كَمَا فِي مَسَائِلِ الْعَوَّلِ . وَفِي حَالِ الرَّدِّ تُرَدُّ وَصِيَّتُهُمَا إِلَى ثُلُثِ الْمَالِ ، وَهُوَ
نِصْفُ وَصِيَّتِهِمَا ، فَيَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ، فَيَرْجِعُ صَاحِبُ الثُّلُثِ إِلَى
سُدُسِ الْجَمِيعِ ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُ الْعَبْدِ إِلَى نِصْفِهِ . وَفِي قَوْلِنَا يُضْرَبُ مَخْرَجُ الثُّلُثِ
فِي مَخْرَجِ الرَّبْعِ ، يَكُنْ اثْنَا عَشَرَ ، ثُمَّ فِي ثَلَاثَةِ تَكُنْ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ ، فَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ
ثُلُثُ الْمَائَتَيْنِ ، وَهُوَ ثَمَانِيَةٌ^(١١) مِنْ أَرْبَعِينَ^(١٢) ، وَرُبْعُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ ، صَارَ لَهُ
أَحَدُ عَشَرَ ، وَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَذَلِكَ تِسْعَةُ أَسْهُمٍ ، فَيَضُمُّهَا إِلَى سِهَامِ
صَاحِبِ الثُّلُثِ ، صَارَ الْجَمِيعُ عِشْرِينَ سَهْمًا ، فَقِي حَالِ الرَّدِّ تَجْعَلُ الثُّلُثَ عِشْرِينَ
سَهْمًا^(١٣) ، وَالْمَالُ كُلُّهُ سِتُّونَ ، فَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ تِسْعَةُ مِنَ الْعَبْدِ ، وَهُوَ رُبْعُهُ وَخُمْسُهُ ،
وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثَمَانِيَةٌ مِنَ الْأَرْبَعِينَ ، وَهِيَ خُمْسُهَا ، وَثَلَاثَةٌ مِنَ الْعَبْدِ ،

(٤ - ٤) هذا مضروب عليه في الأصل ، ١ . ومكتوب بدله بقلم مغاير : « سدس جميع المال » .

(٥ - ٥) في م : « مسألتنا » .

(٦) سقط من : ١ .

(٧) في الأصل ، ب : « فأسقطه » .

(٨) سقط من : الأصل .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل ، ١ .

وذلك عُشره ونصف عُشره . وإن كانت وصية صاحب المُشاع بالنصف ، فله في حال الإجازة مائة وثلاث العبد ، ولصاحب العبد ثلثاه ، وفي الرد لصاحب المُشاع خمس المائتين وخمس العبد ، ولصاحب العبد خمساه . وعلى الوجه الآخر ، لصاحب المُشاع ربع المائتين وسدس العبد ، ولصاحب العبد ثلثه . وطريقها أن تنسب الثلث إلى ما حصل لهما في الإجازة ، ثم تُعطى كل واحد مما حصل له في الإجازة مثل تلك النسبة . وعلى الوجه الأول تنسب الثلث إلى وصيتهما ، ثم تُعطى كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة ، ويأتى في هذه المسألة ، أن نسبة الثلث إلى وصيتهما بالخمسين ؛ لأن النصف والثلث خمسة من ستة ، فالثلث / خمساهما ، فلصاحب العبد خمس العبد ؛ لأنه وصيته ، ولصاحب النصف الخمس ؛ لأنه خمس وصيته . وعلى الوجه الآخر ، قد حصل لهما في الإجازة الثلثان ، ونسبة الثلث إليهما بالنصف ، فلكل واحد منهما مما حصل له في الإجازة نصفه ، وقد كان لصاحب المُشاع من المائتين نصفها ، فله ربعها ، وكان له من العبد ثلثه ، فصار له سدسه ، وكان لصاحب العبد ثلثاه ، فصار له ثلثه . وإن كانت المسألة بحالها ، وملكه غير العبد ثلاثمائة ، ففي الإجازة لصاحب المُشاع مائة وخمسون وثلث العبد ، ولصاحب العبد ثلثاه . وفي الرد ، لصاحب المُشاع تسعاً المائتين كله ، ولصاحب العبد أربعة وتسعين ، على الوجه الأول . وعلى الوجه الثاني ، لصاحب العبد ربعه ^(١٠) وسدسه ، وللآخر ثمنه ونصف سدسه ^(١١) ، ومن المائتين ثمانون ، وهي ربعها وسدس عُشرها . وإن وصى لرجل بجميع ماله ، ولاخر بالعبد ، ففي الإجازة لصاحب العبد نصفه ، والباقي كله للآخر . وفي الرد يُقسم الثلث بينهما على خمسة ، لصاحب العبد خمسة ، وهو ربع العبد وسدس عُشره ، وللآخر أربعة أخماسه ، فله من العبد مثل ما حصل لصاحبه ،

٥٥/٦ ط

(١٠) في م : : أربعة .

(١١) في حاشية م : : صوابه ثلثه وخمسة تسعة وللآخر تسعة وثلث خمسة .

ومن كل مائة مثل ذلك ، وهو ثمانون ديناراً . ولو خلف عبداً قيمته مائة ومائتين ، ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله ، ووصى بالعبد لآخر ، ففي حال الإجازة يُقسَّم العبد بينهما نصفين ، ويُنفرد صاحب الثلث بثلث الباقي ^(١٢) . وفي الرد ، للموصى له بالعبد ثلثه ، ولآخر ثلثه وثلث المائة . وعلى الوجه الآخر ، لصاحب العبد رُبُعُه ، وللآخر رُبُعُه ونصف المائة ، يرجع كل واحد منهما إلى نصف وصيته . فإن لم ترد الوصيتان على الثلث ، كرَّجُل خلف خمس مائة وعبداً قيمته مائة ، ووصى لرجل بسدس ماله ، ولآخر بالعبد ، فلا أثر للرد ههنا ، وتأخذ صاحب المشاع سدس المال وسبع العبد ، والآخر ستة أسباعه . وإن وصى لصاحب المشاع بخمس المال ، فله مائة وسدس العبد ، ولصاحب العبد خمسة أسداسه . ولا أثر للرد أيضاً ؛ لأن الوصيتين لم يخرج بهما من المال أكثر من ثلثه .

٩٧٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لِقَرَاتِهِ ، فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنثَى بِالسَّوِيَّةِ ، وَلَا يُجَاوِزُ بِهَا ^(١) أَرْبَعَةُ آبَاءٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُجَاوِزْ بِنِي هَاشِمٍ بِسَهْمٍ ذِي الْقُرْبَى)

وجملته أن الرجل إذا أوصى لقراته ، أو لقراية فلان ، كانت الوصية لأولاده ، ولأولاد ^(٢) أبيه ، وأولاد جدّه ، وأولاد جد أبيه ، ويستوى فيه ^(٣) الذَّكَرُ وَالْأُنثَى ، ولا يُعْطَى مَنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُمْ شَيْئاً ، فلو وصى لقراية النبي ﷺ ، أعطى أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ، ولم يُعْطَ بَنِي عَبْدِ شَمْسٍ وَلَا بَنِي تَوْفَلٍ شَيْئاً ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا قَالَ : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى ﴾ ^(٤) . يعني قُرباء النبي ﷺ ، أعطى النبي ﷺ هؤلاء الذين ذكروا ، ولم يُعْطَ مَنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُمْ ، كِبَنِي عَبْدِ شَمْسٍ وَتَوْفَلٍ شَيْئاً ، إِلَّا أَنَّهُ أُعْطِيَ بَنِي الْمُطَّلِبِ ،

(١٢) في حاشية م : « صوابه بنصف الباقي » .

(١) في الأصل : « به » .

(٢) في ١ ، م : « وأولاد » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة الحشر ٧ .

وَعَلَّ عَطِيَّتَهُمْ بِأَنَّهُمْ « لَمْ يُفَارِقُوا ابْنِي هَاشِمٍ ، فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلَا إِسْلَامٍ » ^(٥) . وَلَمْ يُعْطِ قَرَابَةَ أُمِّهِ ، وَهُمْ بَنُو زُهْرَةَ شَيْئًا ، وَلَمْ يُعْطِ مِنْهُمْ ^(٦) إِلَّا مُسْلِمًا ، فَحُمِلَ مُطْلَقُ كَلَامِ الْمُوصِي عَلَى مَا حُمِلَ عَلَيْهِ الْمُطْلَقُ مِنْ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَفُسِّرَ بِمَا فُسِّرَ بِهِ . وَيُسَوَّى بَيْنَ قَرِيبِهِمْ وَبَعِيدِهِمْ ، وَذَكَرَهُمْ وَأَنْتَاهُمْ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَهُمْ سَوَاءً ، وَيَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ الْكَبِيرُ وَالصَّغِيرُ ، وَالْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ ، وَلَا يَدْخُلُ الْكُفَّارُ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَدْخُلُوا فِي الْمُسْتَحَقِّ مِنْ قُرْبَى النَّبِيِّ ﷺ . وَقَدْ نَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ ، وَصَالِحٌ ، عَنْ أَبِيهِمَا رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يُصَرَّفُ إِلَى قَرَابَةِ أُمِّهِ ، إِنْ كَانَ يَصِلُهُمْ فِي حَيَاتِهِ ، كَأَخْوَالِهِ ، وَخَالَاتِهِ ، وَإِخْوَتِهِ ^(٧) مِنْ أُمِّهِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَصِلُهُمْ ، لَمْ يُعْطُوا شَيْئًا ؛ لِأَنَّ عَطِيَّتَهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ قَرِينَةٌ دَالَّةٌ عَلَى صِلَتِهِ لَهُمْ بَعْدَ مَمَاتِهِ ، وَلَا أَفْلًا . وَعَنْهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يُجَاوِزُ بِهَا أَرْبَعَةَ آبَاءٍ . ذَكَرَهَا ابْنُ أَبِي مُوسَى ، فِي « الْإِزْشَادِ » . وَهَذِهِ / الرِّوَايَةُ تُدَلُّ عَلَى أَنَّ لَفْظَهُ لَا يَتَّقِدُ بِالْقَيْدِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ ، فَعَلَى هَذَا يُعْطَى كُلُّ مَنْ يُعْرِفُ بِقَرَابَتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، الَّذِينَ يُنْسَبُونَ إِلَى الْأَبِ الْأَدْنَى الَّذِي يُنْسَبُ إِلَيْهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمْ قَرَابَةٌ ، فَيَتَنَاوَلُهُمُ الْاسْمُ ، وَيَدْخُلُونَ فِي عُمُومِهِ . وَإِعْطَاءُ النَّبِيِّ ﷺ لِبَعْضِ قَرَابَتِهِ ، تَخْصِصٌ لَا يَمْنَعُ مِنَ « الْعَمَلِ بِالْعُمُومِ » ^(٨) فِي غَيْرِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ . قَالَ ^(٩) أَبُو حَنِيفَةَ : قَرَابَتُهُ كُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فَيُعْطَى مِنْ أَذْنَاهُمْ اثْنَانِ فَصَاعِدًا ، فَإِذَا كَانَ لَهُ عَمَّانِ وَخَالَانِ ، فَالْوَصِيَّةُ لِعَمِّهِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَخَالَانِ ، فَلِعَمِّهِ النَّصْفُ وَلِخَالَائِهِ النَّصْفُ . وَقَالَ قَتَادَةُ : لِلْأَعْمَامِ الثَّلَاثِينَ ، وَلِلْأَخْوَالِ الثَّلَاثُ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، قَالَ : وَيُزَادُ الْأَقْرَبُ بَعْضَ الزِّيَادَةِ . وَقَالَ مَالِكٌ : يُقَسَّمُ عَلَى الْأَقْرَبِ فَلَا أَقْرَبَ ، بِالْاجْتِهَادِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا الْاسْمَ لَهُ

٥٦/٦ ظ

(٥) تقدم تخريجه في : ١١١/٤ .

(٦) في الأصل : « منه » .

(٧) في ١ ، م : « وأخواته » .

(٨ - ٨) في م : « العموم » .

(٩) في ١ ، م : « وقد قال » .

عُرِفَ في الشَّرْعِ ، وهو ما ذَكَرْنَاهُ ، فَيَجِبُ حَمْلُهُ عَلَيْهِ ، وَتَقْدِيمُهُ عَلَى الْعُرْفِ
 اللَّغَوِيِّ ، كَالْوُضْوءِ وَالصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ وَالْحَجِّ ، وَلَا وَجْهَ لِتَخْصِيصِهِ بِذِي الرَّحْمِ
 الْمَحْرَمِ ، فَإِنَّ اسْمَ الْقَرَابَةِ يَقَعُ عَلَى غَيْرِهِمْ عُرْفًا وَشَرْعًا ، وَقَدْ تَخَرَّمُ عَلَى الرَّجُلِ رَبِيبَتُهُ ،
 وَأُمّهَاتُ نِسَائِهِ ، وَحَلَائِلُ آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ ، وَلَا قَرَابَةَ لَهُمْ ، وَتَحِلُّ لَهُ ابْنَتُهُ عَمُّهُ ، وَعَمَّتُهُ ،
 وَابْنَتُ خَالَهِ وَخَالَتُهُ ، وَهُنَّ مِنْ أَقَارِبِهِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ ^(١٠) مِنَ التَّفْصِيلِ لَا يَتَقَضِيهِ اللَّفْظُ ،
 وَلَا يَدُلُّ عَلَيْهِ دَلِيلٌ ، فَالْمَصِيرُ إِلَيْهِ تَحَكُّمٌ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ فِي لَفْظِهِ مَا يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ قَرَابَةِ
 أُمِّهِ ، كَقَوْلِهِ : وَتُفَضَّلُ قَرَانِي مِنْ جِهَةِ أَبِي عَلَى قَرَانِي مِنْ جِهَةِ أُمِّي . أَوْ قَوْلِهِ : إِلَّا
 ابْنُ خَالَتِي فَلَانَا . أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ، أَوْ قَرِينَةٌ تُخْرِجُ بَعْضَهُمْ ، عُمِلَ بِمَا دَلَّتْ عَلَيْهِ الْقَرِينَةُ ؛
 لِأَنَّهَا تَصْرِفُ اللَّفْظَ عَنْ ظَاهِرِهِ إِلَى غَيْرِهِ .

فصل : فَإِنْ وَصَّى لِأَقْرَبِ أَقَارِبِهِ ، أَوْ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ، أَوْ أَقْرَبِهِمْ بِهِ رَحِمًا ، لَمْ
 يُدْفَعْ إِلَى الْأَبْعَدِ مَعَ وُجُودِ الْأَقْرَبِ ، فَيُقَدَّمُ الْأَبُّ عَلَى كُلِّ مَنْ أَدْلَى بِهِ مِنَ الْأَجْدَادِ
 وَالْإِخْوَةِ وَالْأَعْمَامِ ، وَالْإِبْنُ مُقَدَّمٌ عَلَيْهِمْ وَعَلَى كُلِّ مَنْ أَدْلَى بِهِ . وَيَسْتَوِي الْأَبُّ
 وَالْإِبْنُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ / وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُدْلِي بِنَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ وَاسِطَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَدَّمَ الْإِبْنُ ؛
 لِأَنَّهُ يُسْقِطُ تَعْصِيْبَ الْأَبِّ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ إِسْقَاطَهُ ^(١١) تَعْصِيْبَهُ لَا يَمْنَعُ مُسَاوَاتِهِ
 فِي الْقُرْبِ ، ^(١٢) وَلَا كَوْنَهُ أَقْرَبَ مِنْهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّ ابْنَ الْإِبْنِ يُسْقِطُ تَعْصِيْبَهُ مَعَ بَعْدِهِ ،
 وَيُقَدَّمُ الْإِبْنُ عَلَى الْجَدِّ ، وَالْأَبُّ عَلَى ابْنِ الْإِبْنِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ :
 يُقَدَّمُ ابْنُ الْإِبْنِ عَلَى الْأَبِّ ، ^(١٣) فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ^(١٤) ؛ لِأَنَّهُ يُسْقِطُ تَعْصِيْبَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ
 الْأَبَّ يُدْلِي بِنَفْسِهِ ، وَيَلِي ابْنَهُ مِنْ غَيْرِ حَاجِزٍ ، وَلَا يُسْقِطُ مِيرَاثَهُ بِحَالٍ ، بِخِلَافِ ابْنِ
 الْإِبْنِ . وَالْأَبُّ وَالْأُمُّ سَوَاءٌ ، وَكَذَلِكَ الْإِبْنُ ، وَالْبِنْتُ ، وَالْجَدُّ أَبُو الْأَبِّ ، وَأَبُو الْأُمِّ ،

(١٠) فِي ١ ، م : « ذَكَرَهُ » .

(١١) فِي ١ ، ب ، م : « إِسْقَاطَهُ » .

(١٢ - ١٣) فِي الْأَصْلِ : « وَلِأَنَّ أَبَوَتَهُ » .

(١٣ - ١٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَأُمُّ الْأَبِ ، وَأُمُّ الْأُمِّ ، كُلُّهُم سَوَاءٌ ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِ الْأَوْلَادِ أَوْلَادُ الْبَنِينَ وَإِنْ سَفَلُوا ، الْأَقْرَبُ
فَالْأَقْرَبُ ، الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ ، وَفِي أَوْلَادِ الْبَنَاتِ وَجْهَانِ ، بِنَاءٌ عَلَى دُخُولِهِمْ فِي
الْوَقْفِ ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِ الْوَلَدِ الْأَجْدَادُ ، الْأَقْرَبُ مِنْهُمْ فَالْأَقْرَبُ ؛ لِأَنَّهُمُ الْعُمُودُ الثَّانِي ،
ثُمَّ الْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ ؛ لِأَنَّهُمْ وَلَدُ الْأَبِ ، أَوْ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ ، ثُمَّ وَلَدُهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا ،
وَلَا شَيْءَ لَوْلَدِ الْأَخَوَاتِ ، إِذَا قُلْنَا : لَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وَإِذَا تَسَاوَتْ دَرَجَتُهُمْ
فَأَوْلَاهُمْ^(١٤) وَلَدُ الْأَبَوَيْنِ ، وَيُسَوَّى بَيْنَ وَلَدِ الْأَبِ وَلَوْلَدِ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهُمَا عَلَى دَرَجَةٍ
وَاحِدَةٍ وَكَذَلِكَ وَلَدَاهُمَا . وَالْأَخُ لِلْأَبِ أَوْلَى مِنْ ابْنِ الْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، كَمَا فِي
الْمِيرَاثِ ، ثُمَّ بَعْدَهُمُ الْأَعْمَامُ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا . وَيَسْتَوِي الْعَمُّ مِنَ الْأَبِ وَالْعَمُّ
مِنَ الْأُمِّ ، وَكَذَلِكَ أَبْنَاؤُهُمَا ،^(١٥) ثُمَّ عَلَى^(١٥) هَذَا التَّرْتِيبِ ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهَذَا
مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، إِلَّا أَنَّهُ يَرَى دُخُولَ وَلَدِ الْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ وَالْأَخْوَالَ
وَالْخَالَاتِ ، وَهَذَا الْقَوْلُ إِنَّمَا يُخْرَجُ فِي مَذْهَبِ أَحْمَدَ عَلَى الرَّوَايَةِ الثَّالِثَةِ ، الَّتِي تَجْعَلُ
الْقَرَابَةَ فِيهَا كُلٌّ مِنْ يَقَعُ عَلَيْهِمْ اسْمُ الْقَرَابَةِ ، فَأَمَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي اخْتَارَهَا الْخِرَقِيُّ ، وَأَنَّ
الْقَرَابَةَ اسْمٌ لِمَنْ كَانَ مِنْ أَوْلَادِ الْآبَاءِ ، فَلَا يَدْخُلُ فِيهِ بَنُو^(١٦) الْأُمِّ ، وَلَا أَقَارِبُهَا ؛ لِأَنَّ مَنْ
لَمْ يَكُنْ مِنَ الْقَرَابَةِ ، لَمْ يَكُنْ أَقْرَبَ الْقَرَابَةِ ، فَعَلَى هَذَا تَتَنَاوَلُ الْوَصِيَّةُ مَنْ كَانَ أَقْرَبَ /
مِنْ أَوْلَادِ الْمُوصِي ، وَأَوْلَادِ آبَائِهِ ، إِلَى أَرْبَعَةِ آبَاءٍ ، وَلَا يَعْدُوهُمْ ذَلِكَ . وَإِنْ وَصَّى لِمَجْمَاعَةٍ
مِنْ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ، أُعْطِيَ لثَلَاثَةٍ مِنْ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ^(١٧) . وَإِنْ وَجَدَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةٍ
فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، كَالْإِخْوَةِ ، فَالْوَصِيَّةُ لِجَمِيعِهِمْ ؛ لِأَنَّ بَعْضَهُمْ لَيْسَ بِأَوْلَى مِنْ بَعْضٍ ،
وَالْاسْمُ يَشْمَلُهُمْ . وَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ ثَلَاثَةٌ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، كُمِلَتْ مِنَ الثَّانِيَةِ . وَإِنْ كَانَتْ
فِي الدَّرَجَةِ الثَّانِيَةِ جَمَاعَةٌ ، سَوَّى^(١٨) بَيْنَهُمْ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الدَّرَجَةِ الْأُولَى . وَإِنْ لَمْ

٥٧/٦ ظ

(١٤) فِي ١ : « فَأَوْلَاهُمْ » .

(١٥ - ١٥) فِي ٣ : « وَعَلَى » .

(١٦) فِي ١ : « وَلَدِ » . وَسَقَطَ مِنْ : م .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ .

(١٨) فِي ١ : « تَسَوَّى » .

يُكْمَلُ مِنَ الثَّانِيَةِ ، فَمِنَ الثَّالِثَةِ ، فَإِذَا وُجِدَ ابْنٌ وَأَخٌ وَعَمٌّ ، فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ ابْنٌ وَأَخَوَانِ ، وَإِنْ كَانَ ابْنٌ وَثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ ، دَخَلَ جَمِيعُهُمْ فِي الْوَصِيَّةِ ، وَيَتَّبَعِي أَنْ يَكُونَ لِلْإِبْنِ ثُلُثُ الْوَصِيَّةِ وَلَهُمْ ثُلَاثُهَا . فَإِنْ كَانَ الْإِبْنُ وَارِثًا ، سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْوَصِيَّةِ إِنْ لَمْ يُجْزَلْهُ ، وَالْبَاقِي لِلْإِخْوَةِ . وَإِنْ وَصَّى لِعَصِيَّتِهِ ، فَهُوَ لَمْ يَرِثْهُ بِالتَّعْصِيبِ فِي الْجُمْلَةِ ، سَوَاءً كَانُوا مِمَّنْ يَرِثُ فِي الْحَالِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ^(١) . وَيُسَوَّى بَيْنَ قَرَيْبِهِمْ وَبَعِيدِهِمْ ؛ لِشُمُولِ اللَّفْظِ لَهُمْ . وَلَا خِلَافٌ فِي أَنَّهُمْ لَا يَكُونُونَ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ بِحَالٍ .

٩٨٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَالَ : لِأَهْلِ بَيْتِي . أُعْطِيَ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ)

يعني تُعْطَى أُمُّهُ وَأَقَارِبُهَا ، الْأُخْوَالُ ، وَالْخَالَاتُ ، وَأَبَاءُ أُمِّهِ ، وَأَوْلَادُهُمْ ، وَكُلُّ مَنْ يُعْرِفُ بِقَرَابَتِهِ . وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِيمَا وَفَّقْنَا عَلَيْهِ ، التَّسْوِيَةُ بَيْنَ هَذَا اللَّفْظِ وَلَفْظِ الْقَرَابَةِ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ : إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِأَهْلِ بَيْتِهِ ، هُوَ بِمَثَابَةِ قَوْلِهِ لِقَرَاتِي . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ ، عَنْ أَحْمَدَ . وَقَالَ أَحْمَدُ : قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تَعْمَلُ الصَّدَقَةَ لِي وَلَا لِأَهْلِ بَيْتِي »^(٢) . فَجَعَلَ سَهْمَ ذَوِي الْقُرْبَى لَهُمْ عَوَضًا عَنْ^(٣) الصَّدَقَةِ الَّتِي حُرِّمَتْ عَلَيْهِمْ ، فَكَانَ ذَوُو الْقُرْبَى الَّذِينَ سَمَّاهُمْ اللَّهُ تَعَالَى هُمُ أَهْلُ بَيْتِهِ الَّذِينَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِمُ الصَّدَقَةُ . وَذَكَرَ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « أَذْكُرْكُمْ اللَّهُ فِي أَهْلِ بَيْتِي » . قَالَ قُلْنَا : مَنْ أَهْلُ بَيْتِهِ ، نِسَاؤُهُ ؟ قَالَ : لَا ، أَصْلُهُ وَعَشِيرَتُهُ الَّذِينَ حُرِّمَتْ / عَلَيْهِمُ الصَّدَقَةُ بَعْدَهُ^(٤) ؛ آلُ عَلِيٍّ ، وَآلُ عَقِيلٍ ، وَآلُ جَعْفَرٍ ، وَآلُ الْعَبَّاسِ^(٥) . وَقَالَ الْقَاضِي : قَالَ ثَعْلَبٌ : أَهْلُ الْبَيْتِ عِنْدَ الْعَرَبِ آبَاءُ

(١٩) فِي ١ : يَرِثُ .

(١) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي ١٠٩/٤ .

(٢) فِي م : ذِي .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ١ : مِنْ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) أَخْرَجَهُ الدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فَضْلِ مَنْ قَرَأَ الْقُرْآنَ ، مِنْ كِتَابِ فَضَائِلِ الْقُرْآنِ . سَنَنَ الدَّرَامِيُّ ٤٣٢/٢ مَخْتَصَرًا .

وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٦٧/٤ .

الرَّجُلِ وَأَوْلَادُهُمْ ، كَالْأَجْدَادِ وَالْأَعْمَامِ وَأَوْلَادِهِمْ ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ .
وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ أَوْلَادَ الرَّجُلِ لَا يَدْخُلُونَ فِي اسْمِ الْقَرَابَةِ ، وَلَا أَهْلُ بَيْتِهِ . وَلَيْسَ هَذَا
بِشَيْءٍ ، فَإِنَّ وَلَدَ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِ وَأَقَارِبِهِ الَّذِينَ حُرِّمُوا الصَّدَقَةُ ، وَأُعْطُوا مِنْ
سَهْمِ ذِي الْقُرْبَى ، وَهُمْ مِنْ أَقْرَبِ أَقَارِبِهِ ، فَكَيْفَ لَا يَكُونُونَ مِنْ أَقَارِبِهِ ، وَقَدْ قَالَ
النَّبِيُّ ﷺ لِفَاطِمَةَ وَلَوْلَدِهَا وَزَوْجِهَا : « اللَّهُمَّ هَؤُلَاءِ أَهْلُ بَيْتِي ، فَأَذْهَبْ عَنْهُمْ
الرَّجْسَ وَطَهِّرْهُمْ تَطْهِيرًا » (٦) ؟ وَلَوْ وَقَفَ عَلَى أَقَارِبِ رَجُلٍ ، أَوْ أَوْصَى لِأَقَارِبِهِ ،
دَخَلَ فِيهِ وَلَدُهُ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ عِلْمْتُهُ . وَالْخِرْقَى قَدْ (٧) عَدَّهُمْ فِي الْقَرَابَةِ بِقَوْلِهِ : « لَا
يُجَاوِزُهَا أَرْبَعَةُ آبَاءٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُجَاوِزْ بَنِي هَاشِمٍ بِسَهْمِ ذِي الْقُرْبَى » . فَجَعَلَ
هَاشِمًا الْأَبَ الرَّابِعَ ، وَلَا يَكُونُ رَابِعًا إِلَّا أَنْ يَعُدَّ النَّبِيُّ ﷺ أَبَا ؛ لِأَنَّ هَاشِمًا إِنَّمَا هُوَ
رَابِعُ النَّبِيِّ ﷺ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِآلِهِ ، فَهُوَ مِثْلُ قَرَابَتِهِ ، فَإِنَّ فِي بَعْضِ أَلْفَاظِ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ : مِنْ
أَلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ؟ قَالَ : أَصْلُهُ ، وَعَشِيرَتُهُ الَّذِينَ حُرِّمُوا الصَّدَقَةُ بَعْدَهُ ؛ آلُ عَلِيٍّ ،
وَأَلِ الْعَبَّاسِ ، وَأَلِ جَعْفَرٍ ، وَأَلِ عَقِيلٍ . وَالْأَصْلُ فِي آلِ أَهْلٍ ، فَقُلِبَتِ الْمَاءُ هَمْزَةً ،
كَمَا قَالُوا : هَرَفَتِ الْمَاءُ وَأَرْفَتُهُ . وَمُدَّتْ لِقَلَّا تَجْتَمِعُ هَمْزَتَانِ . وَإِنْ وَصَّى لِعَشِيرَتِهِ ، فَقَدْ
تَوَقَّفَ أَحْمَدُ فِي ذَلِكَ ، وَهُوَ فِي عَرَفِ النَّاسِ عَشِيرَتُهُ الْأَذْنُونُ ، وَوَلَدُهُ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ
وَأِنْ سَفَلُوا ، فَتَصَرَّفَ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِمْ ، وَبِذَلِكَ فَسَّرَهُ ابْنُ قُتَيْبَةَ ، قَالَ (٨) : وَيَدُلُّ (٩) عَلَى
ذَلِكَ قولُ أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : نَحْنُ عِتْرَةُ النَّبِيِّ ﷺ ، وَيُبَيِّنُهُ الَّتِي تَفَقَّاتَ
عَنْهُ . وَقَالَ ثَعْلَبٌ ، وَابْنُ الْأَعْرَابِيِّ : الْعِتْرَةُ الْأَوْلَادُ ، وَأَوْلَادُ الْأَوْلَادِ . وَلَمْ يَدْخُلَا
فِي ذَلِكَ الْعَشِيرَةِ ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَشْهَرُ فِي عَرَفِ النَّاسِ ، مَعَ أَنَّهُ قَدْ دَلَّ عَلَى صِحَّتِهِ قَوْلُ
أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي مَحْفَلٍ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ، فَلَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ ، وَهُمْ

٥٨/٦ ظ

(٦) أخرجه الترمذی ، فی : باب فضل فاطمة بنت محمد ﷺ ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذی
٢٤٩/١٣ . والإمام أحمد ، فی : المسند ٢٩٢/٦ ، ٢٩٨ ، ٣٠٤ .

(٧) سقط من : ١ . م .

(٨) فی غریب الحدیث ٢٣٠/١ .

(٩ - ٩) فی الأصل : ٥ . عليه .

أَهْلُ اللَّسَانِ ، فَلَا يُعَوَّلُ عَلَى مَا خَالَفَهُ . وَإِنْ وَصَّى لِقَوْمِهِ ، أَوْ لِنِسْبَائِهِ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا بِمَثَابَةِ أَهْلِ بَيْتِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِذَا قَالَ : لِرَجُلِي ، أَوْ لَأَرْحَامِي ، أَوْ لَأَنْسَابِي ، أَوْ لِمَنْسَابِي . صُرِفَ إِلَى قَرَابَتِهِ مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، وَيَتَعَدَّى وَلَدَ الْأَبِ الْخَامِسَ . فَعَلَى هَذَا يُصَرَّفُ إِلَى كُلِّ مَنْ يَرِثُ بِفَرْضٍ أَوْ تَعْصِيبٍ أَوْ بِالرَّجْمِ فِي حَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ . وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ فِي الْمُنَاسِبِينَ أَوْلَى مِنْ قَوْلِ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ فِي الْعُرْفِ يُطْلَقُ عَلَى مَنْ كَانَ مِنَ الْعَشِيرَةِ الَّتِي يَنْتَسِبَانِ إِلَيْهَا ، وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْتَسِبُ إِلَى قَبِيلَةٍ غَيْرِ قَبِيلَةِ صَاحِبِهِ ، فَلَيْسَ بِمُنَاسِبٍ لَهُ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِمَوَالِيهِ ، وَلَهُ مَوَالٍ مِنْ فَوْقَ ، وَهُمْ مُعْتَقُونَ ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُمْ ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ ، وَقَدْ تَعَيَّنُوا بِوُجُودِهِمْ دُونَ غَيْرِهِمْ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا مَوَالٍ مِنْ أَسْفَلَ فَهِيَ ^(١٠) لَهُمْ كَذَلِكَ . وَإِنْ اجْتَمَعُوا ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُمْ جَمِيعًا ، يَسْتَوُونَ فِيهَا ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَشْمُلُ جَمِيعَهُمْ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّهَا لَغَيْرِ مُعَيَّنٍ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : يُفْرَغُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَيْسَ بِأَوْلَى مِنَ الْآخَرِ . وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : هِيَ لِلْمَوْلَى مِنْ أَسْفَلَ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ أَرْبَعَةُ أَوْجُهٍ ، كَقَوْلِنَا ، وَقَوْلِ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَالثَّالِثُ ، هِيَ لِلْمَوَالِي مِنْ فَوْقَ ؛ لِأَنَّهُمْ أَقْوَى ، بِذَلِيلِ أَنَّهُمْ عَصَبَتُهُ ^(١١) وَيَرِثُونَهُ ، بِخِلَافِ عَتَقَائِهِ . وَالرَّابِعُ ، يَقِفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَصْطَلِحُوا . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاوَلُ الْجَمِيعَ حَقِيقَةً وَعُرْفًا ، فَدَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِإِخْوَتِهِ . وَقَوْلُهُمْ : غَيْرِ مُعَيَّنٍ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنْ مَعَ ^(١٢) التَّعْمِيمِ يَخْصُلُ التَّعْيِينُ ، وَلِذَلِكَ لَوْ حَلَفَ : لَا كَلَّمْتُ مَوَالِيَّ . حَنْتُ بِكَلَامِ آبَائِهِمْ كَانَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الْمَوْلَى مِنْ فَوْقَ أَقْوَى . / قُلْنَا : مَعَ شُمُولِ الْأَسْمِ لَهُمْ يَدْخُلُ فِيهِ الْأَقْوَى وَالْأَضْعَفُ ، كإِخْوَتِهِ ، وَلَا شَيْءَ لِابْنِ الْعَمِّ ، وَلَا لِلنَّاصِرِ ^(١٣) وَلَا لِلْحَلِيفِ ^(١٤) ، وَلَا لَغَيْرِ مَنْ ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ إِنْ لَمْ يَتَنَاوَلْهُمْ

و ٥٩/٦

(١٠) فِي م : « فَهُوَ » .

(١١) فِي م : « عَصْبَةُ » .

(١٢) فِي أ ، م : « مِنْ » .

(١٣ - ١٤) سَقَطَ مِنْ م : .

حَقِيقَةً ، لم يَتَنَاوَلْهُمُ عُرْفًا ، والأَسْمَاءُ العَرَفِيَّةُ تُقَدَّمُ عَلَى الحَقِيقَةِ . وَلَا يَسْتَحِقُّ مَوْلَى
 ابْنَهُ مَعَ وُجُودِ مَوَالِيهِ . وَقَالَ زُفَرٌ : يَسْتَحِقُّ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَوْلَى ابْنِهِ لَيْسَ بِمَوْلَى
 لَهُ حَقِيقَةً ، إِذَا كَانَ لَهُ مَوْلَى سِوَاهُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَوْلَى ، فَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ :
 يَكُونُ لِمَوْلَى ^(١٤) أَبِيهِ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ ، وَعَمَدٌ : لَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْلَى
 لَهُ ^(١٥) . وَاحْتَجَّ الشَّرِيفُ بِأَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاوَلُ مَوَالِي أَبِيهِ مَجَازًا ، فَإِذَا تَعَذَّرَتِ
 الْحَقِيقَةُ ، وَجَبَ صَرْفُ الْأَسْمِ إِلَى مَجَازِهِ ، وَالْعَمَلُ بِهِ ، تَصْحِيحًا لِلْكَلَامِ الْمُكَلَّفِ
 عِنْدَ إِمْكَانِ تَصْحِيحِهِ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ إِرَادَتُهُ الْمَجَازَ ، لِكُونِهِ مُحْتَمَلًا صَحِيحًا ، وَإِرَادَةُ
 الصَّحِيحِ أَغْلَبُ مِنْ إِرَادَةِ الْفَاسِدِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ مَوَالٍ وَمَوَالِي أَبِي حِينَ الْوَصِيَّةِ ، ثُمَّ
 انْقَرَضَ مَوَالِيهِ قَبْلَ الْمَوْتِ ، لَمْ يَكُنْ لِمَوَالِي الْأَبِ شَيْءٌ عَلَى مُقْتَضَى مَا ذَكَرْنَاهُ ، لِأَنَّ
 الْوَصِيَّةَ كَانَتْ لغيرِهِمْ ، فَلَا تَعُودُ إِلَيْهِمْ إِلَّا بِعَقْدٍ ، وَلَمْ يُوْجَدْ . وَلَا يُشْبِهُ هَذَا قَوْلُهُ :
 أَوْصَيْتُ لِأَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيَّ . وَلَهُ ابْنٌ وَابْنُ ابْنٍ ، فَمَاتَ الْابْنُ ، حَيْثُ يَسْتَحِقُّ ابْنُ الْابْنِ ،
 وَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَحِقُّ مَعَ حَيَاةِ الْابْنِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ هُنَا لِمَوْصُوفٍ بِصِفَةٍ وَجَدَتْ
 فِي ابْنِ الْابْنِ ، كَوُجُودِهَا فِي الْابْنِ حَقِيقَةً ، وَفِي الْمَوْلَى يَقَعُ الْأَسْمُ عَلَى مَوْلَى نَفْسِهِ
 حَقِيقَةً ، وَعَلَى مَوْلَى أَبِيهِ مَجَازًا ، فَمَعَ وُجُودُهُمْ جَمِيعًا ، لَا يُحْمَلُ اللَّفْظُ إِلَّا عَلَى
 الْحَقِيقَةِ ، وَهَذِهِ الصِّفَةُ لَا ^(١٦) تُوجَدُ فِي مَوْلَى أَبِيهِ . قَالَ الشَّرِيفُ : وَيَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ
 لِلْمَوَالِي مُدَبَّرُهُ ، وَأُمُّ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إِنَّمَا تُسْتَحَقُّ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَهِيَ حَيْثُ يَدْخُلُ مَوَالٍ
 فِي الْحَقِيقَةِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِجِيرَانِهِ ، فَهَمُّ أَهْلِ أَرْبَعِينَ دَارًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ .
 وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْجَارُ الْمُلاصِقُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ
 قَالَ : « الْجَارُ / أَحَقُّ بِصَفِيهِ » ^(١٧) . يَعْنِي الشُّفْعَةَ ، وَإِنَّمَا تُثْبِتُ لِلْمُلَاصِقِ ، وَلِأَنَّ

٥٩/٦ ظ

(١٤) ق م : مَوَالٍ .

(١٥) سقط من : ١ .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) تقدم تخريجه في : ٤٣٧/٧ .

الْجَارُ مُشْتَقٌّ مِنَ الْمُجَاوِرَةِ . وَقَالَ قَتَادَةُ : الْجَارُ الدَّارُ وَالْدَّارَانِ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا صَلَاةَ لِجَارِ الْمَسْجِدِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ » (١٨) . قَالَ : مَنْ سَمِعَ النَّدَاءَ . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ عَمْرٍو بْنِ جَعْفَةَ : مَنْ سَمِعَ الْإِقَامَةَ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ : الْجِيرَانُ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ (١٩) إِنْ جَمَعَهُمْ مَسْجِدٌ ، فَإِنْ تَفَرَّقَ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ (٢٠) فِي مَسْجِدَيْنِ صَغِيرَيْنِ مُتَقَارِبَيْنِ ، فَالْجَمِيعُ جِيرَانٌ ، وَإِنْ كَانَا عَظِيمَيْنِ ، فَكُلُّ أَهْلِ مَسْجِدِ جِيرَانٍ ، وَأَمَّا الْأَمْصَارُ الَّتِي فِيهَا الْقِبْلَةُ ، فَالْجَوَارُ عَلَى الْأَفْحَازِ . وَلَنَا ، مَارَوْى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْجَارُ أَرْبَعُونَ دَارًا ، هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا » (٢١) . وَهَذَا نَصٌّ لَا يَجُوزُ الْعُدُولُ عَنْهُ إِنْ صَحَّ ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتِ الْحَبْرُ ، فَالْجَارُ هُوَ الْمُقَارِبُ ، وَيَرْجَعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعُرْفِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِأَهْلِ دَرْبِهِ أَوْ سِكَتِهِ ، فَهَمُّ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ الَّذِينَ طَرِيقُهُمْ فِي دَرْبِهِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِأَصْنَافِ الزَّكَاةِ الْمَذْكُورِينَ فِي الْقُرْآنِ ، فَهَمُّ الَّذِينَ يَسْتَحِقُّونَ مِنَ الزَّكَاةِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُجْعَلَ لِكُلِّ (٢٢) صِنْفٍ ثَمَنُ الْوَصِيَّةِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِثَمَانٍ قِبَائِلَ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الزَّكَاةِ ، حَيْثُ يَجُوزُ الْأَقْتِصَارُ عَلَى صِنْفٍ وَاحِدٍ ، أَنَّ آيَةَ الزَّكَاةِ أُريدَ بِهَا بَيَانٌ مَنْ يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ . وَيَجُوزُ الْأَقْتِصَارُ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ عَلَى وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُمْ . وَحَكَّى هَذَا عَنْ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ أَنَّهُ قَالَ : لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَى أَقَلِّ مِنْ اثْنَيْنِ . وَحَكَّى أَبُو الْخَطَّابِ رَوَايَةَ ثَانِيَةَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَى أَقَلِّ مِنْ ثَلَاثَةٍ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَأَصْلُ هَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي الزَّكَاةِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ .

(١٨) تقدم تخرجه في : ٨/٣ . ويضاف إليه : كما أخرجه البيهقي ، في : باب المأموم يصلي خارج المسجد ... ، من كتاب الصلاة . السنن الكبرى ١١١/٣ عن علي . وعبد الرزاق ، في : باب من سمع النداء ، من كتاب الصلاة . المصنف ٤٩٨/١ موقوفاً . والحاكم ، في : باب ما من ثلاثة في قرية ولا في بلد لا تقام فيهم الصلاة إلا قد استحوذ عليهم الشيطان ... ، من كتاب الصلاة . المستدرک ٢٤٦/١ عن أبي هريرة .

(١٩ - ٢٠) سقط من : م .

(٢٠) انظر : كتاب الوصايا ، في : تلخيص الحبير ٩٢/٣ . وإرواء الغليل ، في : باب الموصى له ، من كتاب

الوصايا ٦ / ١٠٠ .

(٢١) في م : « لكم » خطأ .

ولا يجوز الصرف إلا إلى المستحق من أهل بلده . وإن وصى للفقراء وحدهم ، دخل فيه المساكين . وإن أوصى للمساكين دخل فيه الفقراء ؛ لأنهم صنف واحد فيما عدا الزكاة ، إلا أن يذكر الصنفين جميعاً ، / فيدل ذلك (٢٢) على أنه أراد المعايرة بينهما . ويستحب تعميم من أمكن منهم ، والدفع إليهم على قدر الحاجة ، والبداية بأقارب الموصى ، على ما ذكرنا (٢٣) في باب الزكاة .

٦٠/٦ و

فصل : وإن أوصى بشيء لزيد وللمساكين ، فلزيد نصف الوصية . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومحمد . وعن محمد : لزيد ثلثه ، وللمساكين ثلثاه ؛ لأن أقل الجمع اثنان . وقال الشافعي : يكون كأحدهم ، إن عثم أعطاه كواحد منهم ، وإن قسم على ثلاثة منهم جعله كأحدهم . وحكى أصحابه وجهين آخرين ، أحدهما كمدھنا . والثاني له ربع الوصية ؛ لأن أقل الجمع ثلاثة ، فإذا انقسم إليهم صاروا أربعة . ولنا ، أنه جعل الوصية لجهتين ، فوجب أن يقسم بينهما ، كما لو قال : لزيد وعمر . ولأنه لو وصى لفرش وتميم ، لم يشرك بينهما على قدر عددهم ، ولا على قدر من يعطى منهم ، بل يقسم بينهم نصفين ، كذلك ههنا . وإن كان زيد مسكيناً ، لم يدفع إليه من سهم المساكين شيء . وبه قال الحسن ، وإسحاق ؛ لأن عطفهم عليه يدل على المعايرة بينهما ، إذ الظاهر المعايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ، ولأن تجويز ذلك يفضي إلى تجويز دفع الجميع إليه ، ولفظه يقتضي خلاف ذلك . فأمّا إن كانت الوصية لقوم يمكن استيعابهم وحصرهم ، مثل أن يقول : هذا لزيد وإخوته . فيحتمل أنه يكون كأحدهم ؛ لأنه شرك بينه وبينهم على وجه لا يجوز الإخلال ببعضهم ، فتساووا فيه ، كما لو قال : هذا لكم . ويحتمل أن يكون كالتى قبلها .

فصل : وإن قال : اشتروا بثلاثي رقاباً ، فأعتقوهم . لم يجز صرفه إلى المكاتبين ؛

(٢٢) سقط من ١ :

(٢٣) في الأصل ، ١ : « ذكره » .

لأنه وصى بالشراء ، لا بالدفع إليهم . فإن اتسع الثلث لثلاثة ، لم يجز أن يشتري أقل منها ؛ لأنها أقل الجمع . وإن قدرت^(٢٤) على أن تشتري أكثر من ثلاثة بثمن ثلاثة غالية ، كان أولى وأفضل ؛ لأن النبي ﷺ قال : « من أعتق امرءاً مسلماً ، أعتق الله بكلّ عضوٍ منه عضواً منه من النار »^(٢٥) . ولأنه يُفَرِّجُ عن^(٢٦) نفس زائدة ، فكان أفضل من عدم ذلك . وإن أمكن شراء ثلاثة رخيصة ، وحصة من الرابعة ، بثمن ثلاثة غالية / ، فالثلاثة أولى ؛ لأن النبي ﷺ لما سُئِلَ عن أفضل الرقاب ، قال : « أغلاها ثمنًا ، وأنفسها عند أهلها »^(٢٧) . والقصد من العتق تكميل الأحكام ، من

(٢٤) في الأصل ، أ : « قدر » .

(٢٥) أخرجه البخارى ، في : باب قوله تعالى : ﴿ فك رقبة • أو إطعام في يوم ذى مسغبة • يميًا ذا مقربة ﴾ ، من كتاب العتق ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ أو تحرير رقبة ﴾ وأى الرقاب أركى ، من كتاب الكفارات . صحيح البخارى ١٨٨/٣ ، ١٨١/٨ . ومسلم ، في : باب فضل العتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٧/٢ . وأبو داود ، في : باب في ثواب العتق ، وباب أى الرقاب أفضل ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٣٥٤/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في ثواب من أعتق رقبة ، وباب ما جاء في فضل من أعتق ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٢٤/٧ ، ٢٥ ، ٣٠ ، ٣١ . والنسائى ، في : باب ثواب من رمى بسهم في سبيل الله عز وجل ، من كتاب المجتبى ٢٣/٦ . وابن ماجه ، في : باب العتق ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢٠/٢ ، ٤٢٢ ، ٤٢٩ ، ٤٣١ ، ٤٤٧ ، ٥٢٥ ، ١١٣/٤ ، ٢٣٥ ، ٣٢١ ، ٣٤٤ ، ٣٨٦ ، ٤٠٤ .

(٢٦) في م : « عنه » .

(٢٧) أخرجه البخارى ، في : باب أى الرقاب أفضل ، من كتاب العتق . صحيح البخارى ١٨٨/٣ . ومسلم ، في : باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٨٩/١ ، وابن ماجه ، في : باب العتق ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ . والإمام مالك ، في : باب فضل عتق الرقاب ، وباب عتق الزانية وابن الزنا ، من كتاب العتق . الموطأ ٧٧٩/٢ ، ٧٨٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨٨/٢ ، ١٥٠/٥ ، ١٧١ ، ٢٦٥ .

الولاية ، والجمعة ، والحج ، والجهاد ، وسائر الأحكام التي تختلف بالرق والحرية ، ولا يحصل ذلك إلا بإعتاق جميعه . وهذا التفضيل - والله أعلم - من النبي ﷺ للعالية ، إنما يكون مع التساوي في المصلحة ، فأمّا إن ترجح بعضهم بدين ، وعفة ، وصلاح ، ومصلحة له في العتق ، بأن يكون مضرّوا بالرق ، وله صلاح في العتق ، وغيره له مصلحة في الرق ، ولا مصلحة له في العتق ، وربما تضرّر به ، من فوات نفقته ، وكفالاته ، ومصالحه ، وعجزه بعد العتق عن الكسب ، وخروجه عن الصيانة والحفظ ، فإن إعتاق من كثرت المصلحة في إعتاقه أفضل وأولى ، وإن قلت قيمته ، ولا يسوغ إعتاق من في إعتاقه مفسدة ؛ لأن مقصود الموصي تحصيل الثواب والأجر ، ولا أجر في إعتاق هذا . ولا يجوز أن يعتق إلا ربة مسلمة ؛ لأن الله تعالى لما قال : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ ^(٢٨) . لم يتناول إلا المسلمة ، ومطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى . ولا يجوز إعتاق مبيعة غيباً يمنع الإجزاء في الكفارة ؛ لما ذكرنا . والله أعلم .

فصل : ونقل المروذي ، عن أحمد ، في من أوصى بثلثه في أبواب البر ، يُجزأ ثلاثة أجزاء ؛ جزء في الجهاد ، وجزء يتصدق به في قرابته ، وجزء في الحج . وقال في رواية أبي داود : الغزو يندأ به . وحكى عنه أنه جعل جزءاً في فداء الأسرى . وهذا والله أعلم ليس على سبيل اللزوم والتحديد ، بل يجوز صرفه في جهات البر كلها ؛ لأن اللفظ للعموم ، فيجب حمله على عموميه ، ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل ، وربما كان غير هذه الجهات أخوج من بعضها وأحق ، وقد تدعو الحاجة إلى تكفين ميّت ، وإصلاح طريق ، وفك أسير ، وإعتاق ربة ، وقضاء دين ، وإغاثة ملهوف ، أكثر من دعائها إلى حج من لا يجب عليه الحج ، فيكلف وجوب ما لم يكن عليه واجباً وتعباً كان الله قد أراحه منه ، من غير مصلحة تعود / على أحد من خلق الله ، فتقديم هذا على ما مصلحة ظاهرة ، والحاجة إليه داعية ، بغير دليل ، تحكم لا معنى له . وإذا قال :

٦١/٦ و

(٢٨) سورة النساء ٩٢ ، وسورة المجادلة ٣ .

ضَعُّ ثُلْثِي حَيْثُ يُرِيكَ اللَّهُ . فَله صَرَفُهُ فِي أَى جِهَةٍ مِنْ جِهَاتِ الْقُرْبِ ، رَأَى وَضَعَهُ فِيهَا ، عَمَلًا بِمُقْتَضَى وَصِيَّتِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَجِبُ صَرَفُهُ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، وَالْأَفْضَلُ صَرَفُهُ إِلَى فُقَرَاءِ أَقَارِبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَإِلَى مَحَارِمِهِ مِنَ الرِّضَاعِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَإِلَى جِيرَانِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يَجِبُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ رَدَّهُ إِلَى اجْتِهَادِهِ فِيمَا فِيهِ الْحَظُّ ، وَهَذَا أَحْظُّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَدْ يَرَى غَيْرَ هَذَا أَهَمُّ مِنْهُ وَأَصْلَحَ ، فَلَا يَجُوزُ تَقْيِيدُهُ بِالتَّحْكُمِ . وَنَقَلَ أَبُو دَاوُدَ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أَوْصَى بِثُلْثِهِ فِي الْمَسَاكِينِ ، وَلَهُ أَقَارِبٌ مُحَاوِرِيحٌ لَمْ يَوْصِرْ لَهُمْ شَيْءٌ ، وَلَمْ يَرْتُوا ، فَإِنَّهُ يَبْدَأُ بِهِمْ ، فَإِنَّهُمْ أَحَقُّ . قَالَ : وَسُئِلَ عَنِ النَّصْرَانِيِّ يُوصِي بِثُلْثِهِ لِلْفُقَرَاءِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، أَيُعْطَى إِخْوَتُهُ وَهُمْ فُقَرَاءٌ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، هُمْ أَحَقُّ ، يُعْطَوْنَ خَمْسُونَ دِرْهَمًا لَا يَزِيدُونَ عَلَى ذَلِكَ . يَعْنِي لَا يَزِيدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ الْقَدْرُ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ الْغِنَى .

٩٨١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا وَصَّى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِخُمْسِمَائِهِ . فَمَا فَضَّلَ رَدَّ فِي الْحَجِّ)

وَجَمَلْتُهُ أَنَّهُ أَوْصَى (أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ^(١) بِقَدْرِ مِنَ الْمَالِ ، وَجَبَ صَرَفُ جَمِيعِ ذَلِكَ فِي الْحَجِّ إِذَا حَمَلَهُ الثُّلُثُ ؛ لِأَنَّهُ وَصَّى بِجَمِيعِهِ فِي جِهَةِ قُرْبَةٍ ، فَوَجَبَ صَرَفُهُ فِيهَا ، كَمَا لَوْ وَصَّى بِهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَصْرِفَ إِلَى مَنْ يُحَجُّ أَكْثَرَ مِنْ نَفَقَةِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ أَطْلَقَ^(٢) التَّصَرُّفَ فِي الْمُعَاوَضَةِ ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ عَوَضَ الْمِثْلِ ، كَالْتَوْكِيلِ^(٣) فِي الْبَيْعِ . ثُمَّ لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِقَدْرِ نَفَقَةِ الْمِثْلِ لِحَاجَةٍ وَاحِدَةٍ ، فَيُصَرَّفُ فِيهَا . أَوْ نَاقِصًا عَنْهَا ، فَيُحَجُّ بِهِ مِنْ حَيْثُ يَتَلَعُّ ، فِي ظَاهِرٍ مَنْصُوصٍ^(٤) أَحْمَدَ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي

(١ - ١) سقط من : ١ .

(٢) في الزيادة : « له » .

(٣) في م : « كالوكيل » .

(٤) في الأصل ، ١ : « نصوص » .

رَوَايَةُ حَنْبَلٍ ، فِي رَجُلٍ أَوْصَى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ ، وَلَا تَبْلُغُ النَّفَقَةَ ، فَقَالَ : يُحَجُّ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ تَبْلُغُ النَّفَقَةَ لِلرَّاكِبِ مِنْ أَهْلِ مَدِينَتِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الْعَنْبَرِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُعَانُ بِهِ فِي الْحَجِّ . وَهُوَ قَوْلُ سَوَّارِ الْقَاضِي ، حَكَاهُ عَنْهُ الْعَنْبَرِيُّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ مُخَيَّرٌ فِي ذَلِكَ . قَالَ ، فِي رَوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، فِي امْرَأَةٍ / أَوْصَتْ بِحَجٍّ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا : أَرَى أَنْ يُؤْخَذَ ثُلُثُ مَالِهَا ، فَيُعَانَ بِهِ فِي الْحَجِّ ، أَوْ يُحَجَّ مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ . الْحَالُ الثَّالِثُ ، أَنْ يَفْضَلَ عَنْ الْحَجَّةِ ، فَيُدْفَعَ فِي حَجَّةٍ ثَانِيَةٍ ، ثُمَّ فِي ثَالِثَةٍ ، إِلَى أَنْ يَنْفَدَ ، أَوْ يَنْقَى مَا لَا يَبْلُغُ حَجَّةً ، فَيُحَجَّ بِهِ ^(٥) مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ فِيهِ . وَلَا يَسْتَنْبِطُ فِي الْحَجِّ مَعَ الْإِمْكَانِ إِلَّا مِنْ بَلَدِ الْمَحْجُوجِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنِ الْمَيِّتِ ، وَقَائِمٌ مَقَامَهُ ، فَيَنْبُتُ عَنْهُ مِنْ مَوْضِعٍ لَوْ حَجَّ الْمَنْبُوتُ عَنْهُ لَحَجَّ مِنْهُ . فَإِنْ كَانَ الْمُوصَى بِهِ لَا يَحْمِلُهُ الثُّلُثُ ، لَمْ يَخْلُ مِنْ أَنْ يَكُونَ الْحَجُّ فَرْضًا أَوْ تَطَوُّعًا ، فَإِنْ كَانَ فَرْضًا اخْتِذْ أَكْثَرَ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الثُّلُثِ أَوْ الْقَدْرِ الْكَافِيَ لِحَجِّ الْفَرَضِ ، فَإِنْ كَانَ الثُّلُثُ أَكْثَرَ ، اخْتِذْ ، ثُمَّ يُصَرَّفُ مِنْهُ فِي الْفَرَضِ قَدْرُ مَا يَكْفِيهِ ، ثُمَّ يُحَجُّ بِالْبَاقِي تَطَوُّعًا حَتَّى يَنْفَدَ ، كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ ، وَإِنْ كَانَ الثُّلُثُ أَقَلَّ ، ثُمَّ قَدْرُ مَا يَكْفِي الْحَجَّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَبِهَذَا قَالَ عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ : كُلُّ وَاجِبٍ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَحَمَّادُ بْنُ أَبِي سَلِيمَانَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَدَاوُدُ بْنُ أَبِي هِنْدَ : إِنْ وَصَّى بِالْحَجِّ ، فَمِنْ ثُلْثِهِ ، وَإِلَّا فَلَيْسَ عَلَى وَرَثَتِهِ شَيْءٌ . فَعَلَى قَوْلِهِمْ ، إِنْ لَمْ يَفِ الثُّلُثُ بِالْمُوصَى بِهِ ، وَإِلَّا لَمْ يَزِدْ عَلَى الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّ الْحَجَّ عِبَادَةٌ فَلَا تَلْزَمُ الْوَارِثَ ، كَالصَّلَاةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ كَانَ عَلَى أَبِيكَ دَيْنٌ ، أَكُنْتُ تَقْضِيهِ » ^(٦) ؟ « قَالَ ^(٧) : نَعَمْ . قَالَ : « فَذَيْنُ اللَّهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى » ^(٨) . وَالدَّيْنُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَمَا هُوَ أَحَقُّ

(٥) فِي م : « عَنْهُ » .

(٦) فِي ب : « تَقْضِيهِ » .

(٧) فِي ب : « قَالَتْ » .

(٨) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ تَشْبِيهِ قِضَاءِ الْحَجِّ بِقِضَاءِ الدَّيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ . الْمُجْتَبَى ٨٩/٥ .

منه أُولَى ، ولأنه واجب ، فكان من رأس المال ، كذَيْنِ الْآدَمِيِّ . وإن كان تَطَوُّعًا ،
أَخَذَ الثُّلْثَ لَا غَيْرُ ، إِذَا لَمْ يُجْزِ الْوَرَثَةُ ، وَيُحْجُّ بِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِيمَا مَضَى .

فصل : وإذا أَوْصَى بِحَجٍّ وَاجِبٍ ، أو غيره من الواجبات ، كَقَضَاءِ ذَيْنَ ، وَزَكَاةٍ ،
وإخراج كَفَّارَةٍ ، لَمْ يَجُلْ مِنْ أَرْبَعَةِ أَخْوَالٍ ؛ أَحَدَهَا ، أَنْ يَوْصِيَ بِذَلِكَ مِنْ صُلْبِ
مَالِهِ ، فِهَذَا تَأْكِيدٌ لِمَا وَجَبَ بِالشَّرْعِ ، وَيُحْجُّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَفِ / مَالُهُ بِذَلِكَ ،
أَخَذَ مَالَهُ كُلَّهُ يُدْفَعُ فِي الْوَاجِبِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُوصِر . الثاني ، أَنْ يُوصِيَ بِأَدَاءِ الْوَاجِبِ
مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ ، فَيَصِحُّ أَيْضًا ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ وَصِيَّةٌ غَيْرَ هَذِهِ ، لَمْ تُقَدْ شَيْئًا ، وَيُودَى
مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُوصِر . وَإِنْ كَانَ قَدْ أَوْصَى بِتَبَرُّعٍ لِجَهَةٍ أُخْرَى ، قُدِّمَ الْوَاجِبُ ،
وَإِنْ فَضَلَ مِنَ الثُّلْثِ شَيْءٌ فَهُوَ لِلتَّبَرُّعِ ، وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ سَقَطَتْ ، وَإِنْ لَمْ يَفِ الثُّلْثُ
بِالْوَاجِبِ أَتَمَّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . هَكَذَا ذَكَرَ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يُزَاحَمُ
بِالْوَاجِبِ أَصْحَابُ الْوَصَايَا . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ مِثْلَ مَا ذَكَرَ الْقَاضِي ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ
أَنَّ الثُّلْثَ يُقَسَّمُ بَيْنَ الْوَصَايَا كُلِّهَا ، الْوَاجِبِ وَالتَّبَرُّعِ بِالْحِصَصِ ، فَمَا حَصَلَ لِلْوَاجِبِ
أَتَمَّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَيَذْخُلُهُ الدَّوْرُ ، وَتَعْمَلُ بِالْجَبْرِ ، فَنَقُولُ فِي رَجُلٍ أَوْصَى بِحَجَّةٍ
وَاجِبَةٍ ، كِفَايَتُهَا عَشْرَةٌ مِنْ ثُلْثِهِ ، وَوَصَّى بِصَدَقَةٍ تَطَوُّعٍ عَشْرَةً ، وَمَاتَ فَلَمْ يَخْلُفْ
إِلَّا ثَلَاثَيْنِ ، فَاعْزَلْ تَبِمَّةُ الْوَاجِبِ مِنَ الْمَالِ ، وَهِيَ شَيْءٌ مَجْهُوْلٌ ، وَخُذْ ثُلْثَ الْبَاقِي
عَشْرَةً إِلَّا ثُلْثَ شَيْءٍ ، وَاقْسِمْهُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ خُمُسَةٌ إِلَّا سُدُسَ شَيْءٍ ،
وَاضْمُمْ^(٩) الشَّيْءَ الَّذِي عَزَلْتَهُ إِلَى مَا حَصَلَ لِلْحَجَّةِ ، فَصَارَ شَيْئًا وَخُمُسَةٌ إِلَّا سُدُسَ
شَيْءٍ ، يَعْدِلُ عَشْرَةً ، وَخُذْ مِنَ الشَّيْءِ سُدُسَهُ ، فَاجْبِرْ بِهِ بَعْضَ الْخُمُسَةِ ، يَبْقَى خُمُسَةٌ
أَسَدَاسُ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ خُمُسَهُ ، فَالشَّيْءُ إِذَا سِتَّةٌ ، وَمَتَى أَخَذْتَ سِتَّةً مِنْ ثَلَاثَيْنِ ، بَقِيَ
أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، ثُلُثُهَا ثَمَانِيَّةٌ ، لِصَاحِبِ الصَّدَقَةِ نِصْفُهَا أَرْبَعَةٌ ، وَلِلْوَاجِبِ أَرْبَعَةٌ
(١٠) إِذَا ضَمَمْتَ إِلَيْهَا^(١١) السِّتَّةَ ، صَارَ الْجَمِيعُ عَشْرَةً ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ أَيْضًا ذَيْنَ خُمُسَةٍ ،
عَزَلْتَ تَبِمَّةَ الْحَجِّ شَيْئًا ، وَتَبِمَّةُ الدَّيْنِ نِصْفَ شَيْءٍ ، بَقِيَ ثُلْثُ الْمَالِ عَشْرَةً إِلَّا نِصْفَ

(٩) سقطت الواو من : م .

(١٠ - ١١) في م : « مع » .

شَيْءٍ ، وَاقْسِمَهُ بَيْنَ الْوَصَايَا ، فَيَحْصُلُ لِلْحَجِّ أَرْبَعَةٌ إِلَّا خُمْسَ شَيْءٍ ، اضْمُمْ إِلَيْهَا تِمَّتَهُ ،
يَصِيرُ شَيْئًا وَأَرْبَعَةٌ إِلَّا خُمْسَ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ عَشْرَةً ، وَبَعْدَ الْجَبْرِ يَصِيرُ أَرْبَعَةٌ أَخْمَاسُ
شَيْءٍ ، تَعْدِلُ سِتَّةً ، فَرَدُّ عَلَى السِّتَةِ رُبْعُهَا ، تَصِيرُ سَبْعَةٌ وَنِصْفًا ، يَعْدِلُ شَيْئًا ، فَالشَّيْءُ
سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ ، وَنِصْفُ الشَّيْءِ ثَلَاثَةٌ وَنِصْفٌ وَرُبْعٌ ، وَبَقِيَّةُ الْمَالِ ثَمَانِيَّةٌ عَشْرٌ وَثَلَاثَةٌ
أَرْبَاعٌ ، ثَلَاثُهَا سِتَّةٌ وَرُبْعٌ ، لِلَّذِينَ خُمُسُهَا وَاحِدٌ وَرُبْعٌ / ، إِذَا ضَمُمْتَ إِلَيْهِ تِمَّتَهُ ، كَمَلَّ
خُمْسُهُ ، وَلِلْحَجِّ اثْنَانِ وَنِصْفٌ ، تَكْمُلُ تِمَّتُهُ ^(١١) ، وَلِلصَّدَقَةِ اثْنَانِ وَنِصْفٌ . وَفِي
عَمَلِهَا طَرِيقٌ آخَرٌ ، وَهُوَ أَنْ يُقَسَّمِ الثَّلَثُ بِكَمَالِهِ بَيْنَ الْوَصَايَا بِالْقِسْطِ ، ثُمَّ مَا بَقِيَ مِنْ
الْوَاجِبِ خُذْهُ ^(١٢) مِنَ الْوَرِثَةِ وَصَاحِبِ التَّبَرُّعِ بِالْقِسْطِ ، فَفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى يَحْصُلُ
لِلْوَاجِبِ خُمْسَةٌ ، وَيَبْقَى لَهُ خُمْسَةٌ ، يَأْخُذُ مِنْ صَاحِبِ التَّبَرُّعِ دِينَارًا ، وَمِنْ الْوَرِثَةِ
أَرْبَعَةٌ . وَفِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ ، حَصَلَ لِلْحَجِّ أَرْبَعَةٌ ، وَبَقِيَ لَهُ سِتَّةٌ ، وَحَصَلَ لِلَّذِينَ
دِينَارَانِ ، وَبَقِيَ لَهُ ثَلَاثَةٌ ، فَيَأْخُذَانِ مَا بَقِيَ لهُمَا مِنَ الْوَرِثَةِ ثَلَاثَةً ^(١٣) ، وَمِنْ صَاحِبِ
التَّبَرُّعِ ثَلَاثَةٌ ، فَيَأْخُذُ صَاحِبُ الْحَجَّةِ مِنَ الْوَرِثَةِ أَرْبَعَةً ، وَمِنْ صَاحِبِ التَّبَرُّعِ
دِينَارَيْنِ ، وَيَأْخُذُ صَاحِبُ الدَّيْنِ دِينَارَيْنِ مِنَ الْوَرِثَةِ ، وَدِينَارًا مِنْ صَاحِبِ التَّبَرُّعِ .
الثَّالِثُ ، أَنْ يُوصَى بِالْوَاجِبِ ، وَيُطْلَقَ ، فَهُوَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَيَبْدَأُ بِإِخْرَاجِهِ قَبْلَ
التَّبَرُّعَاتِ وَالْمِيرَاثِ ، فَإِنْ كَانَ ثَمَّ وَصِيَّةٌ تَبَرُّعٌ ، فَلِصَاحِبِهَا ثُلُثُ الْبَاقِي . وَهَذَا قَوْلُ
أَكْثَرِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلَى أَنَّ الْوَاجِبَ مِنَ الثَّلَثِ كَالْقِسْمِ الَّذِي
قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ بِالثَّلَثِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحَجَّ كَانَ وَاجِبًا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَلَيْسَ
فِي وَصِيَّتِهِ مَا يَقْتَضِي تَغْيِيرَهُ ، فَيَبْقَى عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُوصَرْ بِهِ . وَقَوْلُهُمْ :
لَا تَمْلِكُ الْوَصِيَّةُ إِلَّا بِالثَّلَثِ . قُلْنَا : فِي التَّبَرُّعِ ، فَأَمَّا فِي الْوَاجِبَاتِ فَلَا تَنْحَصِرُ فِي الثَّلَثِ ،

(١١) فِي م : « بِه تَمَّة » .

(١٢) فِي م : « أَخْذُهُ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « ثَلَاثِيهِ » .

ولا تَقَيِّدْ به . القسم الرابع ، أن يُوصَى بالواجب وَيَقْرَنَ بها^(١٤) الوَصِيَّةُ بِتَبَرُّعٍ^(١٥) ،
 مثل أن يقول : حُجُّوا عَنِّي ، وأُذْوَادُنِي ، وَتَصَدَّقُوا عَنِّي . ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ،
 أن الواجب من رأس المال ؛ لأنَّ الافتِرانَ في اللَّفْظِ لا يَدُلُّ على الافتِرانِ في الحُكْمِ ،
 ولا في كَيْفِيَّتِهِ ، ولذلك قال اللهُ تعالى : ﴿ كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ
 حَصَادِهِ ﴾^(١٦) . والأكْلُ غيرُ واجبٍ ، والإيتاءُ واجبٌ ، ولأنَّ ههنا قد عَطَفَ غيرُ
 الواجبِ عليه ، فكما لم يَسْتَوِيََا في الوجوبِ لا يَلْزَمُ اسْتِوَاؤُهُمَا في محلِّ الإخراجِ .
 والثاني ، أنَّه من الثُّلْثِ ؛ لأنَّه قَرَنَ به ما مَحْرَجُهُ من الثُّلْثِ .

٩٨٢ - / مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَالَ : حَجَّةٌ بِخُمْسِمَائَةٍ . فَمَا فَضْلُ فَهَوٍ لِمَنْ
 يُحُجُّ)

وجملته أنَّه إذا أَوْصَى أن يُحَجَّ عنه بِقَدْرِ من المالِ حَجَّةً وَاحِدَةً ، وكان فيه فَضْلٌ عن
 قَدْرِ ما يُحُجُّ به ، فهو لمن يُحُجُّ ؛ لأنَّه قَصَدَ إِرْفَاقَهُ بذلك ، فكأنَّه صرَّحَ ، بأن قال :
 حُجُّوا عَنِّي حَجَّةً وَاحِدَةً بِخُمْسِمَائَةٍ ، وما فَضَّلَ منها فهو لمن يُحُجُّ . ثم إنَّ عَيْنَ مَنْ يُحُجُّ
 عنه ، فقال : يُحُجُّ عَنِّي فَلَانٌ بِخُمْسِمَائَةٍ . صرَّفَ ذلك إليه . وإن لم يُعَيِّنْ أَحَدًا ،
 فَلِلْوَصِيِّ صَرَفُهَا إلى مَنْ شَاءَ ؛ لأنَّه فَوَّضَ إليه الاجْتِهَادَ ، إلَّا أنَّه لا يَمْلِكُ صَرَفُهَا إلى
 وارثٍ ، إذا كان فيها فَضْلٌ إلَّا بِإِذْنِ الْوَرِثَةِ ، وإن لم يَكُنْ فيها فَضْلٌ ، جازَ ؛ لأنَّها لا
 مُحَابَاةَ فيها ، ثم يُنْظَرُ ؛ فإن كان الْحَجُّ الْمُوصَى^(١) به تَطَوُّعًا ، فَجَمِيعُ الْقَدْرِ الْمُوصَى
 به من الثُّلْثِ ، وإن كان واجِبًا ، فالزَّائِدُ عن نَفَقَةِ الْمِثْلِ يُعْتَبَرُ من الثُّلْثِ . وإن لم يَف

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في م : بالتبرع .

(١٦) سورة الأنعام ١٤١ .

(١) في م : للموصى .

الموصى به بالحج الواجب ، أتم من رأس المال . وإن كان تطوعاً ، فإنه يحج به من حيث يبلغ ، على ما مضى .

فصل : وإن عيّن رجلاً للحج^(٢) ، فأبى أن يحج ، بطل التعيين ، ويحج عنه بأقل ما يمكن إنسان ثقة سواه ، ويصرف الباقي إلى الورثة . ولو قال المعلن : اصرفوا الحجة إلى من يحج ، واذفعوا الفضل إلى ، لأنه موصى به لى . لم يصرف إليه شيء ، لأنه إنما أوصى له بالزيادة بشرط أن يحج ، فإذا لم يفعل ، لم يوجد الشرط ، ولم يستحق شيئاً .

٩٨٣ - مسألة ؛ قال : (وإن قال : حجوا عني حجة . فما فضل رد إلى الورثة)

أما إذا أوصى بحجة ، ولم يذكر قدرًا من المال ، فإنه لا يدفع إلى من يحج إلا قدر نفقة المثل ؛ لما ذكرناه . وإن فضل فضل عن ذلك ، فهو للورثة . وهذا يبنى على أن الحج لا يجوز الاستئجار عليه ، إنما ينوب عنه فيه نائب ، فما ينفق عليه فيما يحتاج إليه ، فهو من مال الموصى ، وما بقي رده على ورثته . وإن تلف المال في الطريق ، فهو من مال الموصى ، وليس على النائب إتمام المضي إلى الحج عنه . وعلى الرواية الأخرى ، يجوز الاستئجار عليه ، فلا يستأجر إلا ثقة بأقل ما يمكن ، وما فضل فهو لمن يحج ؛ لأنه ملك ما / أعطى بعقد^(١) الإجارة . وإن تلف المال في الطريق بعد قبض الأجير له ، فهو من ماله ، ويلزمه إتمام^(٢) الحج . وإن قال : حجوا عني . ولم يقل : حجة واحدة . لم يحج عنه إلا حجة واحدة ؛ لأنه أقل ما يقع عليه الاسم . فإن عين مع هذا من يحج عنه ، فقال : يحج عني فلان . فإنه يدفع إليه قدر نفقته من بلده إذا خرج من الثلث . فإن أبى الحج إلا بزيادة تصرف إليه ، فينبغي أن يصرف إليه

٦٣/٦ ظ

(٢) في م : أن يحج .

(١) في أ : بقدر . وفي م : بعد .

(٢) في م : بإتمام .

أَقْلَ قَدْرِ^(٣) يُمَكِّنُ أَنْ يَحْجَّ بِهِ غَيْرُهُ . وَإِنْ أَبَى الْحَجَّ ، وَكَانَ وَاجِبًا ، اسْتُنِيبَ غَيْرُهُ بِأَقْلَ مَا يُمَكِّنُ اسْتِنَابَهُ بِهِ^(٤) . وَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا ، احْتَمَلَ بُطْلَانُ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُهَا جِهَةٌ ، فَإِذَا لَمْ تَقْبَلْهَا بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ^(٥) ، كَمَا لَوْ قَالَ : يَبِيعُوا عَبْدِي لِفُلَانٍ بِمِائَةِ . فَأَبَى شِرَاءَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَبْطُلَ ، وَيُسْتَنَابُ غَيْرُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَصْدُ الْقُرْبَةِ وَالتَّعْيِينِ ، فَإِذَا بَطَلَ التَّعْيِينُ ، لَمْ تَبْطُلِ الْقُرْبَةُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : يَبِيعُوا عَبْدِي لِفُلَانٍ ، وَتَصَدَّقُوا بِثَمَنِهِ . فَلَمْ يَقْبَلْ فُلَانٌ ، فَإِنَّهُ يَبِيعُ لغيرِهِ ، وَيُتَصَدَّقُ بِهِ .

فصل^(٦) : وَإِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ^(٧) أَنْ يُخْرِجَ عَنْهُ حَجَّةً ، لَمْ يَكُنْ لِلْوَصِيِّ الْحَجَّ^(٨) بِنَفْسِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . كَمَا لَوْ قَالَ : تَصَدَّقْ عَلَيَّ . لَمْ يَجُزْ أَنْ يَتَصَدَّقَ عَنْ^(٩) نَفْسِهِ . وَإِنْ قَالَ : حُجَّ عَنِّي بِمَا شِئْتُ . صَحَّ ، وَلَهُ مَا شَاءَ ، إِلَّا أَنْ لَا يُجِيزَ الْوَرَثَةُ ، فَلَهُ الثُّلُثُ .

فصل : إِذَا أَوْصَى أَنْ يَحْجَّ عَنْهُ زَيْدٌ بِمِائَةِ ، وَلَعَمْرٍو بِتَمَامِ الثُّلُثِ ، وَلَسَعْدٌ بِثُلْثِ مَالِهِ . فَأَجَازَ الْوَرَثَةُ ، أَمْضِيَتْ عَلَى مَا قَالَ الْمُوصِي . وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ عَنِ الْمِائَةِ شَيْءً ، فَلَا شَيْءَ لَعَمْرٍو ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَوْصَى لَهُ بِالْفَضْلِ ، وَلَا فَضْلَ . وَإِنْ رَدَّ الْوَرَثَةُ ، قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَهُمْ نِصْفَيْنِ ؛ لِسَعْدِ السَّدْسُ ، وَلِزَيْدِ مِائَةٍ ، وَمَا فَضَلَ مِنَ الثُّلُثِ فَلَعَمْرٍو ، فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءً ، فَلَا شَيْءَ لَعَمْرٍو ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَوْصَى لَهُ بِالزِّيَادَةِ ، وَلَا زِيَادَةَ . وَلَا تُنْتَعِ الْمَرْأَحَةُ بِهِ ، وَلَا يُعْطَى شَيْئًا ، كَوْلِدِ الْأَبِ مَعَ الْآخَرِ مِنَ الْأَبْوَيْنِ ، فِي مَرْأَحَةِ الْجَدِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَتَى كَانَ فِي الثُّلُثِ فَضْلٌ عَنِ الْمِائَةِ ، أَنْ يُرَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ زَيْدًا إِنَّمَا اسْتَحَقَّ الْمِائَةَ بِالْإِجَازَةِ ، فَمَعَ الرَّدِّ يَجِبُ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِ مِنَ النَّقْصِ بِقَدْرِ

(٣) فِي زِيَادَةِ : « مَا » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ .

(٦) سَقَطَ هَذَا الْفَصْلُ كُلُّهُ مِنَ الْأَصْلِ . وَبِهَامِشِ النُّسخَةِ أَنَّ هَذَا الْفَصْلَ لَمْ أَجِدْهُ فِي نُسْخَةِ الْوَقْفِ . يَعْنِي الْأَصْلُ .

(٧) فِي أ : « إِلَى رَجُلٍ » .

(٨) فِي أ : « أَنْ يَحْجَّ » .

(٩) فِي أ : « عَلَى » .

وصيَّته ، كسائر الوصايا . وقد ذكرنا نظير هذه المسألة فيما تقدَّم . فإن امتنع زيد من الحجِّ ، وكانت الحجة واجبة ، استُتِيبَ ثقةٌ غيره في الحجِّ بأقلِّ ما يُمكن ، وتَمَامُ المائة للورثة ، ولعمرو ما فَضَلَ . وإن كانت الحجة تطوعاً ، ففى بُطلانِ الوصية بها وَجْهان ، ذكرناهما فيما مضى .

و ٦٤/٦

فصل : وإن أوصى لزيد بعيدٍ بعينه ، ولعمرو ببقية الثلث ، قَوْمُ العبدِ / يومَ موتِ الموصي ؛ لأنه حالُ نفوذِ الوصية ، ودُفِعَ إلى زيد ، ودُفِعَ ببقية الثلث إلى عمرو . فإن لم يبقَ من الثلثِ شيءٌ ، بطلت وصية عمرو . وإن مات العبدُ بعدَ موتِ الموصي ، أو ردَّ زيدٌ وصيَّته ، بطلت ولم تبطل وصية عمرو . وهكذا إن مات زيدٌ قبلَ موتِ الموصي أو بعده . وإن مات العبدُ قبلَ موتِ الموصي ، قَوْمنا التركةَ حالَ موتِ الموصي بدونِ العبدِ ، ثم يَقُومُ العبدُ لو كان حياً ، فإن بَقِيَ من الثلثِ بعدَ قيمته شيءٌ ، فهو لعمرو ، وإلا بطلت وصيَّته . ولو قال لأحدِ عبدين : أنتَ مُدَبِّرٌ . ثم قال لآخر : أنتَ مُدَبِّرٌ في زيادةِ الثلثِ عن قيمةِ الأولِ . ثم بطلَ تدبيرُ الأولِ لرجوعه فيه ، أو خروجه مُسْتَحَقّاً ، أو غير ذلك ، فهي كالتي قبلها ، على ما ذكرنا .

٩٨٤ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ ، فَقُتِلَ عَمْدًا أَوْ حَطًّا ، وَأَخَذَتِ الدِّيَّةُ ، فَلِمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالثُّلْثِ ثُلْثُ الدِّيَّةِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ، وَالْأُخْرَى لَيْسَ لِمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالثُّلْثِ مِنَ الدِّيَّةِ شَيْءٌ)

اختلفت الرواية عن أحمد ، في مَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ ، أو جُزْءٍ منه مُشَاعٍ ، فَقُتِلَ الموصي ، وأُخِذَتِ دِيَّتُهُ ، هل للموصي منها شيءٌ أو لا ؟ فنقلُ مُهَنَّأٍ عن أحمد ، أنه يَسْتَحِقُّ منها . وروى ذلك عن عليٍّ ، رضى الله عنه ، في دِيَةِ الحَطِّ . وهو قولُ الحسن ، ومالكٍ . ونقل ابنُ منصورٍ ، عن أحمد ، لا يُدْخِلُ الدِّيَّةَ في وصيَّته . وروى ذلك عن مكحولٍ ، وشريكٍ ، وأبي ثورٍ ، وداودَ . وهو قولُ إسحاقٍ . وقال مالكٌ : في دِيَةِ العَمْدِ ؛ لأنَّ الدِّيَّةَ إِنَّمَا تَجِبُ للورثة بعدَ موتِ الموصي ، بدليل أن سببها الموتُ ، فلا يجوزُ وجوبها قبله ؛ لأنَّ الحُكْمَ لا يتقدَّمُ سببه ، ولا يجوزُ أن تجبَ للميت بعدَ موته ؛

لأنه بالموت تزول أملاكه الثابتة له ، فكيف يتجدد له ملك ؟ فلا يدخل في الوصية ؛ لأن الميت إنما يوصى بجزء من ماله ، لا بماله ورثته . ووجه الرواية الأولى ، أن الدية تجب للميت ؛ لأنها بدل نفسه ، ونفسه / له ، فكذلك بدلها ، ولأن بدل أطرافه في حال حياته له ، فكذلك بدلها بعد موته ، ولهذا نقضى منها ديونه ، ويجهز منها إن كان قبل تجهيزه ، وإنما يزول من أملاكه ما استغنى عنه ، فأما ما تعلقت به حاجته فلا . ولأنه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت ، كمن نصب شبكة فسقط فيها صيد بعد موته ، فإنه يملك بحيث تقضى ديونه منه ، ويجهز ، فكذلك دينه ؛ لأن تنفيذ وصيته من حاجته ، فأشبهت قضاء دينه .

فصل : وإن كانت الوصية بمعين ، فعلى الرواية الأولى ^(١) ، يُعتبر خروجه من ^(٢) ثلث ماله ودينه ، وعلى الأخرى ، يُعتبر خروجه من أصل ماله دون دينه ؛ لأنها ^(٣) ليست من ماله .

فصل : وإن أوصى ، ثم استفاد مالا قبل الموت ، فأكثر أهل العلم يقولون : إن الوصية تُعتبر من جميع ما يخلفه من التلاد والمستفاد ، ويعتبر ثلث الجميع . هذا قول النخعي ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . وسواء علم أو لم يعلم . وحكى عن أبان بن عثمان ، وعمر بن عبد العزيز ، وربيعة ، ومالك ، لا يدخل في وصيته إلا ما علم ، إلا المدبر فإنه يدخل في كل شيء . ولنا ، أنه من ماله ، فدخل في وصيته ، كالمعلوم .

(١) في ١ : « الأخرى » .

(٢ - ٣) في ١ : « أصل ماله دون دينه » .

(٣) في ١ ، م زيادة : « له » .

٩٨٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ ، ثُمَّ أَوْصَى بَعْدَهُ إِلَى آخَرَ ، فَهُمَا وَصِيَّانٍ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَخْرَجْتُ الْأَوَّلَ)

معنى أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ . أَى جَعَلَ لَهُ التَّصَرُّفَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فِيمَا كَانَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، مِنْ قَضَاءِ دُيُونِهِ ، وَاقْتِضَائِهَا ، وَرَدِّ الْوَدَائِعِ ، وَاسْتِرْدَادِهَا ، وَتَفْرِيقِ وَصِيَّتِهِ ، وَالْوَلَايَةِ عَلَى أَوْلَادِهِ الَّذِينَ لَهُ الْوَلَايَةُ عَلَيْهِمْ مِنَ الصَّبْيَانِ وَالْمَجَانِينِ وَمَنْ لَمْ يُؤْتَسَّرْ رُشْدُهُ ، وَالتَّنْظِيرِ لَهُمْ فِي أُمُورِهِمْ بِحِفْظِهَا ، وَالتَّصَرُّفِ فِيهَا بِمَا لَهُمُ الْحَقُّ فِيهِ . فَأَمَّا مَنْ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ ، كَالْعُقَلَاءِ الرَّاشِدِينَ ، وَغَيْرِ أَوْلَادِهِ مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَعْمَامِ وَسَائِرِ مَنْ عَدَا الْأَوْلَادِ ، فَلَا تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ / عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لِلْمَوْصِي عَلَيْهِمْ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ لِنَائِبِهِ بَعْدَ الْمَمَاتِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا كُلِّهِ خِلَافًا . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيَّ قَالَا : لِلجَدِّ وَلَايَةُ عَلَى ابْنِ ابْنِهِ وَإِنْ سَقَلَ ؛ لِأَنَّ لَهُ وَلَادَةً وَتَعْصِيًا ، فَأُشْبِهَ الْأَبَ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي الْأُمِّ عِنْدَ عَدَمِ الْأَبِ وَالْجَدِّ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ لَهَا وَلَايَةً ؛ لِأَنَّهَا أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ ، فَأُشْبِهَتْ الْأَبَ . وَلَنَا ، أَنَّ الْجَدَّ يُدْلِي بِوَاسِطَةِ ، فَأُشْبِهَ الْأَخَ وَالْعَمَّ ، وَفَارَقَ الْأَبَ ، فَإِنَّهُ يُدْلِي بِنَفْسِهِ ، وَيَحْجُبُ الْجَدَّ ، وَيُخَالِفُهُ فِي مِيرَاثِهِ وَحَجْبِهِ ، فَلَا يَصَحُّ إِحْقَاقُهُ بِهِ ، وَلَا قِيَاسُهُ عَلَيْهِ . وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَلَا تَلِي ؛ لِأَنَّهَا قَاصِرَةٌ لَا تَلِي النِّكَاحَ بِحَالٍ ، فَلَا تَلِي مَالَ غَيْرِهَا ، كَالْعَبْدِ ، وَلِأَنَّهَا لَا تَلِي بَوَلَايَةَ الْقَضَاءِ ، فَكَذَلِكَ بِالنِّسَبِ^(١) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ ، ثُمَّ أَوْصَى إِلَى آخَرَ ، فَهُمَا وَصِيَّانٍ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَخْرَجْتُ الْأَوَّلَ ، أَوْ قَدْ عَزَلْتُهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا أَوْصَى بِجَارِيَةٍ لِبَشَرٍ ، ثُمَّ أَوْصَى بِهَا لِبَكْرٍ . وَلِأَنَّهُ قَدْ وَجِدَتْ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِمَا مِنْ غَيْرِ عَزْلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَكَانَا وَصِيَّيْنِ ، كَمَا لَوْ أَوْصَى إِلَيْهِمَا دَفْعَةً وَاحِدَةً . فَأَمَّا إِنْ أَخْرَجَ الْأَوَّلَ أَنْعَزَلَ ، وَكَانَ الثَّانِي هُوَ الْوَصِيُّ ، كَمَا لَوْ عَزَلَهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ إِلَى الثَّانِي .

٦٥/٦ و

(١) فِي ١ : « النَّسَب » .

فصل : ويجوز أن يُوصى إلى رجل بشيء دون شيء ، مثل أن يُوصى إلى إنسان بتفريق وصيته دون غيرها ، أو بقضاء ديونه ، أو بالنظر في أمر أطفاله حسب ، فلا يكون له غير ما جعل إليه . ويجوز أن يُوصى إلى إنسان بتفريق وصيته ، وإلى آخر بقضاء ديونه ، وإلى آخر بالنظر في أمر أطفاله ، فيكون لكل واحد^(٢) منهم ما جعل إليه دون غيره . ومتى أوصى إليه بشيء ، لم يصير وصيًا في غيره . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يصير وصيًا في كل ما يملكه الوصي ؛ لأن هذه ولاية تنتقل من الأب بموته ، فلا تتبع ، كولاية الجد . ولنا ، أنه استفاد التصرف بالإذن من جهة الآدمي ، / فكان مقصوراً على ما إذن فيه ، كالوكيل ، وولاية الجد ممنوعة . ثم تلك ولاية استفادها بقرابته ، وهي لا تتبع ، والإذن يتبع ، فافترقا .

٦٥/٦ ظ

فصل : ويجوز أن يُوصى إلى رجلين معاً في شيء واحد ، ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً ، فيقول : أوصيتُ إلى كل واحد منكما^(٣) أن ينفرد بالتصرف . لأنه جعل كل واحد منهما^(٤) وصياً منفرداً ، وهذا يقتضي تصرفه على الانفرد . وله أن يُوصى إليهما ليتصرفا^(٥) مجتمعين ، وليس لواحد منهما الانفرد بالتصرف ؛ لأنه لم يجعل ذلك إليه ، ولم يرضَ بنظره وحده . وهاتان الصورتان لا أعلم فيهما خلافاً . وإن أطلق ، فقال : أوصيتُ إليكما في كذا . فليس لأحدهما الانفرد بالتصرف . وبه قال مالك ، والشافعي . وقال أبو يوسف : له ذلك ؛ لأن الوصية والولاية لا تتبع ، فملك كل واحد منهما الانفرد بها كالأخوين^(٦) في تزويج أختيهما . وقال أبو حنيفة ، ومحمد : يستحسن على خلاف القياس ، فيبيح أن ينفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء : كفن الميت ، وقضاء دينه ، وإنفاذ وصيته ، وردّ الوديعة بعينها ، وشراء

(٢) سقط من : م .

(٣) في ١ : « منكما » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقط من : ١ .

(٦) في م : « كالأخوين » .

مالاً بَدَّ للصَّغِيرِ منه من الكُسُوةِ والطَّعامِ ، وقَبُولِ الهِبَةِ له ، والخُصُومَةِ عن المَيِّتِ فيما يُدْعَى له أو عليه ؛ لأنَّ هذه يشقُّ الاجْتِمَاعُ عليها ويَضُرُّ تأخيرُها ، فجازَ الانْفِرَادُ بها . ولنا ، أَنَّهُ شَرَكُ بَيْنَهُمَا فِي النِّظَرِ ، فلم يَكُنْ لأَحَدِهِمَا الانْفِرَادُ ، كالوَكَيلَيْنِ . وما قاله أَبُو يوسُفَ نَقُولُ به ، فَإِنَّهُ جَعَلَ الْوِلَايَةَ إِلَيْهِمَا بِاجْتِمَاعِهِمَا ، فليست مُتَبَعُضَةً ، كَمَا لو وَكَّلَ وَكَيلَيْنِ ، أَوْ صَرَّحَ لِلْوَصِيِّينَ بِأَنْ لَا يَتَصَرَّفَا إِلَّا مُجْتَمِعَيْنِ . ثُمَّ يَبْطُلُ مَا قَالَهُ بِهِاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ ، وَيَبْطُلُ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ بِهِمَا أَيْضًا . وَإِذَا تَعَذَّرَ اجْتِمَاعُهُمَا ، أَقَامَ الْحَاكِمُ أَمِينًا مُقَامَ الْغَائِبِ .

فصل : فِي مَنْ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، وَمَنْ لَا^(٧) تَصِحُّ ، تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى الرَّجُلِ الْعَاقِلِ الْمُسْلِمِ الْحُرِّ الْعَدْلِ إِجْمَاعًا . وَلَا تَصِحُّ إِلَى مَجْنُونٍ ، وَلَا طِفْلٍ ، وَلَا / وَصِيَّةٌ مُسْلِمٍ إِلَى كَافِرٍ . بَغْيَرِ خِلَافِ تَعْلُمِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَجْنُونَ وَالطِّفْلَ لَيْسَا مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ فِي أُمُورِهِمَا ، فَلَا يَلِيَانِ عَلَى غَيْرِهِمَا ، وَالْكَافِرَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ عَلَى مُسْلِمٍ . وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى الْمَرْأَةِ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ شَرِيحٍ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَإِسْحَاقُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَمْ يُعْزَهِ عَطَاءٌ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَكُونُ قَاضِيَةً ، فَلَا تَكُونُ وَصِيَّةً ، كَالْمَجْنُونِ . وَلَنَا ، مَا رُويَ أَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَوْصَى إِلَى حَفْصَةَ^(٨) . وَلِأَنَّهَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ ، فَأُشْبِهَتْ الرَّجُلَ ، وَتُخَالِفُ الْقَضَاءَ ، فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ لَهُ الْكَمَالُ فِي الْخِلْقَةِ وَالْاجْتِهَادِ ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ . وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى الْأَعْمَى . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِيهِ وَجْهٌ^(٩) أَنَّهُ لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، بِنَاءً مِنْهُمْ عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ وَلَا شِرَاؤُهُ ، فَلَا يُوجَدُ فِيهِ مَعْنَى الْوِلَايَةِ . وَهَذَا لَا يُسَلِّمُ لَهُمْ ، مَعَ أَنَّهُ يُمَكِّنُهُ التَّوَكُّلَ فِي ذَلِكَ ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَالْوِلَايَةِ فِي النِّكَاحِ ، وَالْوِلَايَةِ عَلَى أَوْلَادِهِ الصُّغَارِ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ

و ٦٦/٦

(٧) فِي م : « لَمْ » .

(٨) تَقْدِمُ فِي صَفْحَةِ ٢٠٧ .

(٩) فِي م : « وَجَدَ » .

إليه كالْبَصِيرِ . وأما الصَّبِيُّ العاقلُ ، فلا أعلمُ فيه نصًّا عن أحمدَ ، فيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إليه ؛ لأنَّهُ ليس من أهلِ الشَّهَادَةِ والإِقْرَارِ ، ولا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ إِلَّا بِإِذْنِ ، فلم يَكُنْ من أهلِ الولاية بطريقِ الأَوْلَى . ولأنَّهُ مَوْلَى عليه ، فلا يَكُونُ وَالِيًا ، كالطِّفْلِ والمَجْنُونِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وهو الصَّحِيحُ إن شاء اللهُ . وقال القاضي : قياسُ المذهبِ صَحَّةُ الوَصِيَّةِ إليه ؛ لأنَّ أحمدَ قد نصَّ على صَحَّةِ وَكَالِيَةِ . وعلى هذا يُعْتَبَرُ أَن يَكُونُ قد جَاوَزَ العَشْرَ . وأما الكافرُ ، فلا تَصِحُّ وَصِيَّةُ مُسْلِمٍ إليه ؛ لأنَّهُ لَا يَلِيُّ عَلَى مُسْلِمٍ ، ولأنَّهُ ليس من أهلِ الشَّهَادَةِ ولا العَدَالَةِ ، فلم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ إليه ، كالمَجْنُونِ والفَاسِقِ . وأما وَصِيَّةُ الكافرِ/إليه ، فإن لم يَكُنْ عَدْلًا في دينه ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ إليه ؛ لأنَّ عَدَمَ العَدَالَةِ في المُسْلِمِ يَمْنَعُ صَحَّةَ الوَصِيَّةِ إليه ، فمع الكُفْرِ أَوْلَى . وإن كان عَدْلًا في دينه ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إليه . وهو قولُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لأنَّهُ يَلِيُّ بِالنَّسَبِ ، فيلِي الوَصِيَّةَ ، كالمُسْلِمِ . والثاني ، لا تَصِحُّ . وهو قولُ أَبي ثَوْرٍ ؛ لأنَّهُ فَاسِقٌ ، فلم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ إليه ، كفَاسِقِ المُسْلِمِينَ . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَٰذَيْنِ . وأما وَصِيَّةُ الكافرِ إلى المُسْلِمِ ، فتَصِحُّ (١٠) إذا لم تَكُنْ (١١) تَرَكْتُهُ خَمْرًا وَلَا (١٢) . خِنْزِيرًا . وأما العبدُ ، فقال أبو عبد الله ابنُ حَامِدٍ : تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إليه ، سواءَ كَانَ عَبْدَ نَفْسِهِ أو عَبْدَ غَيْرِهِ . وبه قَالَ مالِكٌ . وقال النُّعْمِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، وابنُ شُبْرَمَةَ : تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إلى عبدِ نَفْسِهِ ولا تَصِحُّ إلى عبدِ غَيْرِهِ . وقال أبو حنيفة : تَصِحُّ إلى عبدِ نَفْسِهِ إذا لم يَكُنْ في وَرَثَتِهِ رَشِيدٌ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدُ ، والشَّافِعِيُّ : لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إلى عبدٍ بِحَالٍ ؛ لأنَّهُ لَا يَكُونُ وَلِيًّا عَلَى ابْنِهِ بِالنَّسَبِ ، فلا يجوزُ أَنْ يَلِيَ الوَصِيَّةَ ، كالمَجْنُونِ . ولنا ، أَنَّهُ يَصِحُّ اسْتِنَابَتُهُ في الحَيَاةِ ، فَصَحَّ أَنْ يَوْصَى إليه ، كالْحُرِّ . وقياسُهُمْ يَنْطَلُ بِالمرأةِ . والخلافُ في المكاتبِ والمُدَبَّرِ والمُعْتَقِ بَعْضُهُ كَالْخِلَافِ في العبدِ القَيْنِ . وقد نَصَّ الخِرَقِيُّ عَلَى أَنَّ الوَصِيَّةَ إلى أُمِّ وَلَدِهِ جَائِزَةٌ . نصُّ (١٣) عليه أحمدُ أيضًا ؛ لأنها تَكُونُ

(١٠ - ١١) في م : : إلا أن تكون .

(١١) في م : : أو .

(١٢) في م : : وقد نص .

حُرَّةٌ عِنْدَ نَفْوَذِ الْوَصِيَّةِ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ . وَأَمَّا الْفَاسِقُ ، فَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِلَيْهِ لَا تَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : إِذَا كَانَ مَتَّهَمًا ، لَمْ تَخْرُجْ مِنْ يَدِهِ . وَقَالَ الْخَرَقِيُّ : إِذَا كَانَ الْوَصِيُّ خَائِنًا ضَمَّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، وَيَضُمُّ الْحَاكِمُ إِلَيْهِ أَمِينًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، وَيَنْفَعُ تَصَرُّفُهُ ، وَعَلَى الْحَاكِمِ عَزْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ بَالِغُ عَاقِلٌ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، كَالْعَدْلِ ، / وَوَجْهُ الْأَوَّلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْوَصِيَّةِ ، فَلَمْ تُجْزِ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، كَالْمَجْنُونِ . وَعَلَى أَيْ حَنِيفَةَ ، لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ عَلَى الْوَصِيَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَيُعْتَبَرُ وَجُودُ هَذِهِ الشُّرُوطِ فِي الْوَصِيِّ حَالَ الْعَقْدِ وَالْمَوْتِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ يُعْتَبَرُ حَالَ الْمَوْتِ حَسْبُ ، كَالْوَصِيَّةِ لَهُ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّهَا شُرُوطُ لِعَقْدٍ ، فَتُعْتَبَرُ حَالَ وُجُودِهِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ . فَأَمَّا الْوَصِيَّةُ لَهُ ، فَهِيَ صَحِيحَةٌ وَإِنْ كَانَ وَارِثًا ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ عَدَمُ الْإِزْثِ ، وَخُرُوجُهَا مِنَ الثَّلَاثِ لِلنَّفْوَذِ وَاللُّزُومِ ، فَاعْتَبِرَتْ حَالَةَ اللُّزُومِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، فَإِنَّهَا شُرُوطُ لِصِحَّةِ الْعَقْدِ ، فَاعْتَبِرَتْ حَالَةَ الْعَقْدِ ، وَلَا يَنْفَعُ وَجُودُهَا بَعْدَهُ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، لَوْ كَانَتْ الشُّرُوطُ كُلُّهَا مُتَتَفِئَةً ، أَوْ بَعْضُهَا حَالَ الْعَقْدِ ، ثُمَّ وَجَدَتْ حَالَةَ الْمَوْتِ . لَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ .

فصل : وَإِذَا قَالَ : أَوْصَيْتُ إِلَى زَيْدٍ ، فَإِنْ مَاتَ فَقَدْ أَوْصَيْتُ إِلَى عَمْرٍو . صَحَّ ذَلِكَ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً ، وَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَصِيًّا ، إِلَّا أَنْ عَمْرًا وَصَّى بِعَدِّ زَيْدٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي جَيْشِ مُؤْتَةَ : « أَمِيرُكُمْ زَيْدٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ جَعْفَرٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ » (١٣) . وَالْوَصِيَّةُ فِي مَعْنَى التَّأْمِيرِ . وَإِنْ قَالَ :

(١٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ غَزْوَةِ مُؤْتَةَ مِنْ أَرْضِ الشَّامِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٨١/٥ ، ١٨٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٠٤/١ ، ٢٥٦ ، ٢٩٩/٥ .

أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ ، فَإِذَا كَبِرَ ابْنِي كَانَ وَصِيًّا . صَحَّ ؛ لِذَلِكَ ^(١٤) ، فَإِذَا كَبِرَ ابْنُهُ صَارَ وَصِيًّا . وَعَلَى هَذَا لَوْ قَالَ : وَصَيْتُ لَكَ ^(١٥) ، فَإِنْ تَابَ ابْنِي عَنْ فَسْقِهِ ، أَوْ قَدِمَ مِنْ غَيْبَتِهِ ، أَوْ صَحَّ مِنْ مَرَضِهِ ، أَوْ اشْتَغَلَ بِالْعِلْمِ ، أَوْ صَالَحَ أُمَّهُ ، أَوْ رَشَدَ ، فَهُوَ وَصِيٌّ . صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، وَيَصِيرُ وَصِيًّا عِنْدَ وُجُودِ هَذِهِ الشُّرُوطِ .

٩٨٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الْوَصِيُّ خَائِنًا ، جُعِلَ مَعَهُ أَمِينٌ)

ظَاهِرُ هَذَا صَحَّةُ الْوَصِيَّةِ إِلَى الْفَاسِقِ ، وَيُضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ عَدُوًّا فَتَغَيَّرَتْ حَالُهُ إِلَى الْخِيَانَةِ لَمْ يَخْرُجْ مِنْهَا ، وَيُضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ نَحْوَ ذَلِكَ . قَالَ : إِذَا كَانَ الْوَصِيُّ مُتَمَهِّمًا ، لَمْ يَخْرُجْ / مِنْ يَدِهِ . وَنَقَلَ الْمَرْوُذِيُّ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ أَوْصَى لِرَجُلَيْنِ ، لَيْسَ أَحَدُهُمَا بِمَوْضِعٍ لِلْوَصِيَّةِ ^(١) ، فَقَالَ لِلْآخَرِ ^(٢) : أَعْطِنِي . لَا يُعْطِيهِ شَيْئًا ، لَيْسَ هَذَا بِمَوْضِعٍ لِلْوَصِيَّةِ . فَقِيلَ لَهُ : أَلَيْسَ الْمَرِيضُ قَدْ رَضِيَ بِهِ ؟ فَقَالَ : وَإِنْ رَضِيَ بِهِ . فَظَاهِرُ هَذَا إِبْطَالُ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ . وَحَمَلَ الْقَاضِي كَلَامَ الْخِرَقِيِّ وَكَلَامَ أَحْمَدَ فِي إِبْقَائِهِ فِي الْوَصِيَّةِ ، عَلَى أَنَّ خِيَانَتَهُ طَرَأَتْ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ خِيَانَتُهُ مَوْجُودَةً حَالَ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَوَلِيَةُ الْخَائِنِ عَلَى يَتِيمٍ فِي حَيَاتِهِ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ وَلَايَةٌ وَأَمَانَةٌ ، وَالْفَاسِقُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِمَا . فَعَلِيَ هَذَا ، إِذَا كَانَ الْوَصِيُّ فَاسِقًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ لَا وَصِيَّ لَهُ ، وَيَنْظَرُ فِي مَالِهِ الْحَاكِمُ . وَإِنْ طَرَأَ فَسْقُهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ ، زَالَتْ وَلَايَتُهُ ، وَأَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ أَمِينًا . هَذَا اخْتِيَارُ الْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَعَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ :

(١٤) فِي ١ : « ذَلِكَ » .

(١٥) فِي ١ : « إِلَيْكَ » .

(١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « الْوَصِيَّةُ » .

(٢) فِي ١ : « الْآخَرُ » .

لا تزول ولايته ، ويضم إليه أمين ينتظر معه . ورؤى ذلك عن الحسن ، وابن سيرين ؛ لأنه أمكن حفظ المال بالأمين ، وتخصيل نظر الوصي بإبقائه في الوصية ، فيكون جمعاً بين الحقيقتين . وإن لم يمكن حفظ المال بالأمين ، تعين لإزالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه ؛ لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصي الفاسد . وأما التفريق بين الفسق الطارئ وبين المقارين ، فبعيد ؛ فإن الشروط تُعتَبَر في الدوام ، كاعتبارها في ابتداء ، سيما إذا كانت لمعنى يحتاج إليه في الدوام ، ولو لم يكن بد من التفريق ، لكان اعتبار العدالة في الدوام أولى ، من قبل أن الفسق إذا كان موجوداً حال الوصية ، فقد رضى به الموصي ، مع علمه بحاله ، وأوصى إليه راضياً بتصرفه مع فسقه ، فيشعر ذلك بأنه علم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيانته في ماله ، بخلاف ما إذا طرأ الفسق ، فإنه لم يرض / به على تلك الحال ، والاعتبار برضاه ، ألا ترى أنه لو أوصى إلى واحد ، جازله التصرف وحده ، ولو وصى إلى اثنين ، لم يجز للواحد التصرف .

٦٨/٦ و

فصل : وأما العدل الذي يعجز عن النظر ، لعلية أو ضعف ، فإن الوصية تصح إليه ، ويضم إليه الحاكم أميناً ، ولا يزال يده عن المال ، ولا نظره ؛ لأن الضعيف أهل للولاية والأمانة ، فصحت الوصية إليه . وهكذا إن كان قوياً ، فحدث فيه ضعف أو علة ، ضم الحاكم إليه يداً أخرى ، ويكون الأول هو الوصي دون الثاني ، وهذا معاون ؛ لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصي . وهذا قول الشافعي ، وأبي يوسف . ولا^(٣) أعلم لهما مخالفاً .

فصل : وإذا تغيرت حال الوصي بجنون ، أو كفر ، أو سفه ، زالت ولايته ، وصار كأنه لم يوص إليه ، ويرجع الأمر إلى الحاكم ، فيقيم أميناً ناظرًا للميت في أمره وأمر أولاده من بعده ، كما لو لم يخلف وصياً . وإن تغيرت حاله بعد الوصية وقبل

(٣) في الأصل : « ولم » .

الموت ، ثم عادَ فكانَ عندَ الموتِ جامعاً لشروطِ الوَصِيَّةِ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ إليه ؛ لأنَّ الشروطَ موجودةٌ حالَ العَقْدِ والموتِ ، فصَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، كما لو لم تتغيَّر حاله . ويَحْتَمِلُ أن تَبْطُلَ ؛ لأنَّ كُلَّ حالةٍ منها حالةٌ للقبولِ والرَّدِّ ، فاعتُبرتِ الشروطُ فيها . فأمَّا إن زالتْ بعدَ الموتِ ، فانتزَلْ ، ثم عادَ ، فكمَّلَ الشروطَ ، لم تُعَدَّ وصِيَّتَه ؛ لأنَّها زالتْ ، فلا تَعُودُ إلَّا بَعْدَ جَدِيدٍ .

فصل : وَيَصِحُّ قَبُولُ الوَصِيَّةِ وَرَدُّهَا فِي حَيَاةِ المُوَصَّى ؛ لِأَنَّهَا إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ ، فَصَحَّ قَبُولُهُ بَعْدَ العَقْدِ ، ^(٤) كَالْتَوْكِيلِ ، بخلافِ الوَصِيَّةِ له ، فَإِنَّهَا تَمْلِكُ فِي وَقْتِ ، فلم يَصِحَّ القَبُولُ قَبْلَ الوَقْتِ . وَيَجُوزُ تَأْخِيرُ القَبُولِ إِلَى مَا بَعْدَ المَوْتِ ؛ لِأَنَّهَا تَوْعُوصِيَّةٌ ، فَصَحَّ قَبُولُهَا بَعْدَ المَوْتِ ، كَالْوَصِيَّةِ له ، وَمَتَى قَبِلَ صَارَ وَصِيًّا ، وَلَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ مَتَى شَاءَ ، مَعَ القُدْرَةِ والعَجزِ ، فِي حَيَاةِ المُوَصَّى وَبَعْدَ مَوْتِهِ ، / بِمَشْهَدٍ مِنْهُ وَفِي غَيْبَتِهِ . وبهذا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ بَعْدَ المَوْتِ بِحَالٍ ، وَلَا يَجُوزُ فِي حَيَاتِهِ إِلَّا بِحَضْرَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهَ بِالتَّزَامِ وَصِيَّتِهِ ، وَمَنَعَهُ بِذَلِكَ الْإِبْصَاءَ إِلَى غَيْرِهِ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، فِي « الْإِرْشَادِ » رَوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ ، لَيْسَ لَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ بَعْدَ المَوْتِ لِذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ بِالْإِذْنِ ، فَكَانَ لَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ ، كَالْوَكِيلِ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ لِلْوَصِيِّ جُعْلًا ؛ لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الْوَكَالَةِ ، وَالْوَكَالَةُ تَجُوزُ بِجُعْلٍ ، فَكَذَلِكَ الوَصِيَّةُ . وَقَدْ نَقَلَ إِسْحَاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ ، فِي الرَّجْلِ يُوصَى إِلَى الرَّجْلِ ، وَيَجْعَلُ لَهُ دَرَاهِمَ مُسَمَّاءَ ، فَلَا بَأْسَ . وَمُقَاسَمَةُ الوَصِيِّ ^(٥) المُوَصَّى لَهُ جَائِزَةٌ عَلَى الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُمْ ، وَمُقَاسَمَتُهُ لِلْوَرَثَةِ عَلَى المُوَصَّى لَهُ لَا تَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنْهُ .

(٤ - ٤) فِي م : « كَالْوَكِيلِ » .

(٥) فِي م : « المُوَصَّى » .

فصل : وإذا وصى إلى رجل ، وأذن له أن يوصى إلى من يشاء ، نحو أن يقول ^(٦) :
 أذنت لك أن توصى إلى من شئت ، أو كل من أوصيت إليه فقد أوصيت إليه ، أو فهو
 وصى . صح ، وله أن يوصى إلى من شاء ؛ لأنه رضى باجتهاده واجتهاد من يراه ،
 فصح ، كما لو وصى إليهما معاً . وهذا قول أكثر أهل العلم . وحكى عن الشافعى أنه
 قال في أحد القولين : ليس له أن يوصى ؛ لأنه يلى بتوليّه ، فلا يصح أن يوصى ،
 كالوكيل . ولنا ، أنه مأذون له في الإذن في التصرف ، فجاز له أن يأذن لغيره ، كالوكيل
 إذا أمر بالتوكيل ، والوكيل حجة عليه من الوجه الذى ذكرناه . فأمّا إن أوصى إليه ،
 وأطلق ، ولم يأذن له في الإيصاء ولا نهاه ^(٧) عنه ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، له أن
 يوصى إلى غيره . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، والثورى ، وأبى يوسف ؛ لأن الأب
 أقامه مقام نفسه ، فكان له الوصية ، كالأب . والثانية ، ليس له ذلك . وهو اختيار
 أبى بكر . ومذهب الشافعى ، وإسحاق . وهو الظاهر من مذهب الخرقي ؛ لقوله
 ذلك في الوكيل ^(٨) ؛ / لأنه يتصرف ^(٩) بتوليّه ، فلم يكن له التفويض ، كالوكيل ،
 ويخالف الأب ؛ لأنه يلى بغير تولية .

٦٩/٦ و

٩٨٧ - مسألة ؛ قال : (وإن كانا وصيين ، فمات أحدهما ، أقيم مقام الميت
 أمين)

وجملة ذلك ، أنه يجوز للرجل الوصية إلى اثنين ، فمتى أوصى إليهما مطلقاً ، لم يجز
 لواحد منهما الاثراء بالتصرف ، فإن مات أحدهما ، أو جن ، أو وجد منه ما يوجب
 عزله ، أقام الحاكم مقامه أميناً ؛ لأن الموصى لم يرص بنظر هذا الباقي منها وحده .

(٦) في زيادة : « قد » .

(٧) في ١ ، م : « ينه » .

(٨) في ١ : « التوكيل » .

(٩) في الأصل : « تصرف » .

فإن أراد الحاكم ردَّ النظر إلى الباقي منهما ، لم يكن له ذلك . وذكر أصحاب الشافعي وجهًا في جوازه ؛ لأنَّ النظر لو كان له لموت الموصي عن غير وصية ، كان له رده إلى واحد ، كذلك ههنا ، فيكون ناظرًا بالوصية من الموصي ، والأمانة من جهة الحاكم . ولنا ، أنَّ الموصي لم يرض بتصرف هذا وحده ، فوجب ضمُّ غيره إليه ؛ لأنَّ الوصية مقدَّمة على نظر الحاكم واجتهاده . وإن تغيَّرت حالهما جميعًا بموت أو غيره ، فللحاكم أن ينصب مكانهما . وهل له نصب واحد ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأنه لما عُدَّ الوصيان ، صار الأمر إلى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ، ولو لم يوص لاكتفى بواحد ، كذا ههنا . ويفارق ما إذا كان أحدهما حيًّا ؛ لأنَّ الموصي بين أنه لا يرضى بها وحده ، بخلاف ما إذا ماتا معًا . والثاني ، لا يجوز أن ينصب إلا اثنين ؛ لأنَّ الموصي لم يرض بواحد ، فلم يقتنع به ، كما لو كان أحدهما حيًّا . فأمَّا إن جعل لكل واحد منهما التصرف منفردًا ، فمات أحدهما أو خرج من الوصية ، لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أمينًا ؛ لأنَّ الباقي منهما له النظر بالوصية ، فلا حاجة إلى غيره . وإن ماتا معًا ، أو خرجا عن الوصية ، فللحاكم أن يقيم واحدًا يتصرف . وإن تغيَّرت حال أحد الوصيين تغييرًا لا يزيله عن الوصية ، كالعجز عنها الضعف أو علة ونحو ذلك ، وكانا ممن لكل واحد منهما التصرف منفردًا ، فليس للحاكم / أن يضمَّ إليهما أمينًا ؛ لأنَّ الباقي منهما يكفي ، إلا أن يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده^(١) ؛ لكثرة العمل ونحوه ، فله أن يقيم أمينًا . وإن كانا^(٢) ممن ليس لأحدهما التصرف على الافراد ، فعلى الحاكم أن يقيم مقام من ضعف عنها أمينًا ، يتصرف معه على كل حال ، فيصيرون ثلاثة ؛ الوصيان والأمين معهما ، و [ليس]^(٣) لكل واحد منهما التصرف وحده .

٦٩/٦ ظ

(١) في الأصل : « عنده » .

(٢) في ١ ، م : « كان » .

(٣) تكملة يصح بها السياق . وفي حاشية م إشارة إلى هذا .

فصل : وإذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال^(٤) منهما ، لم يجعل عند واحد منهما ، ولم يقسم بينهما ، وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً ؛ لأن الموصى لم يأمن أحدهما على حفظه ، ولا التصرف فيه . وقال مالك : يجعل عند أعدليهما . وقال أصحاب الرأي : يقسم بينهما . وهو المنصوص عن الشافعي ، إلا أن أصحابه اختلفوا في مراده بكلامه ؛ فقال بعضهم : إنما أراد إذا كان كل واحد منهما موصى إليه على الافراد . وقال بعضهم : بل هو عام فيهما . ولنا ، أن حفظ المال من جُملة الموصى به ، فلم يجز لأحدهما الاثراء به ، كالتصرف . ولأنه لو جاز لكل واحد منهما أن يتفرد بحفظ بعضه ، لجاز له أن يتفرد بالتصرف في بعضه .

فصل : لا بأس بالدخول في الوصية ، فإن الصحابة ، رضى الله عنهم ، كان بعضهم يوصى إلى بعض ، فيقبلون الوصية ، فروى عن أبي عبيدة ، أنه لما عبر الفرات أوصى إلى عمر . وأوصى إلى الزبير ستة من أصحاب رسول الله ﷺ ؛ عثمان ، وابن مسعود ، والمقداد ، وعبد الرحمن بن عوف ، ومطيع بن الأسود ، وآخر . وروى عن ابن عمر أنه كان وصياً لرجل . وفي وصية ابن مسعود : إن حدثتني حادث الموت من مرضى هذا ، أن مرجع وصيتي إلى الله سبحانه ، ثم إلى الزبير بن العوام ، وإني عبد الله^(٥) . ولأنها وكالة وأمانة ، فأشبهت الوديعة والوكالة في الحياة . وقياس مذهب أحمد أن ترك الدخول فيها أولى ؛ لما فيها من الخطر ، وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً ، ولذلك كان يرى ترك الألقاط ، وترك الإحرام قبل الميقات أفضل ، تحريماً للسلامة ، واجتناباً للخطر . وقد روى حديث يدل على ذلك ، وهو ما روى أن النبي ﷺ قال لأبي ذر : « إني أراك ضعیفاً ، وإني أحب لك ما أحب لنفسي ، فلا تأمرن

٧٠/٦ و

(٤) سقط من : ١ .

(٥) تقدم في صفحة ٤٧٣ .

عَلَى اثْنَيْنِ ، وَلَا تُولِيَنَّ مَالَ يَتِيمٍ . » أخرجه مسلم ^(٦) .

فصل : فَإِنْ مَاتَ رَجُلٌ لَا وَصِيَّ لَهُ ، وَلَا حَاكِمَ فِي بَلَدِهِ ، فظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ يَجُوزُ لِرَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَتَوَلَّى أَمْرَهُ ، وَيَبِيعَ مَا دَعَتْ الْحَاجَةُ إِلَى بَيْعِهِ ، فَإِنْ صَالِحًا تَقَلَّ عَنْهُ ، فِي رَجُلٍ بِأَرْضٍ غُرْبَةٍ ، لَا قَاضِيَ بِهَا ، مَاتَ وَخَلَّفَ جَوَارِيَّ وَمَالًا أَتَرَى لِرَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ بَيْعَ ذَلِكَ ؟ فَقَالَ : أَمَّا الْمَنَافِعُ وَالْحَيَوَانُ ، فَإِنْ اضْطُرُّوا إِلَى بَيْعِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ قَاضٍ ، فَلَا بَأْسَ ، وَأَمَّا الْجَوَارِي فَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَتَوَلَّى يَبِيعَهُنَّ حَاكِمٌ مِنَ الْحُكَّامِ . وَإِنَّمَا تَوَقَّفَ عَنْ بَيْعِ الْإِمَاءِ عَلَى طَرِيقِ الْإِخْتِيَارِ اخْتِيَاطًا ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُنَّ يَتَضَمَّنُ إِبَاحَةَ فَرْجٍ ، وَأَجَازَ بَيْعَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ ضَرُورَةٍ .

فصل : وَإِذَا أَوْصَى إِلَيْهِ بِتَفْرِيقِ مَالٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُ شَيْءٍ مِنْهُ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ لِلْمَسَاكِينِ ، وَأَبْوَابُ الْبَرِّ ، وَهُوَ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، فَلَا يَأْكُلُ مِنْهُ شَيْئًا ، إِنَّمَا أَمْرٌ بِتَنْفِيذِهِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِذَا قَالَ الْمُوصِي : جَعَلْتُ لَكَ أَنْ تَضَعَ ثُلثِي حَيْثُ شِئْتَ ، أَوْ حَيْثُ رَأَيْتَ . فَلَهُ أَخْذُهُ لِنَفْسِهِ وَوَلَدِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ ذَلِكَ عِنْدَنَا ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُهُ لَفْظُ الْمُوصِي . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُنْظَرَ إِلَى قَرَائِنِ الْأَحْوَالِ ، فَإِنْ دَلَّتْ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ أَخْذَهُ مِنْهُ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ جُمْلَةِ الْمُسْتَحْقِّينَ الَّذِينَ يُصَرَّفُ إِلَيْهِمْ ذَلِكَ ، أَوْ عَادَتُهُ الْأَخْذُ مِنْ مِثْلِهِ ، فَلَهُ الْأَخْذُ مِنْهُ ، وَإِلَّا فَلَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَهُ إِعْطَاءَ وَلَدِهِ وَسَائِرِ أَقَارِبِهِ إِذَا كَانُوا مُسْتَحْقِّينَ دُونَ نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالتَّفْرِيقِ ، وَقَدْ فُرِّقَ فِي مَنْ يَسْتَحِقُّ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ دَفَعَ إِلَى أَجْنَبِيٍّ . / وَلَنَا ، أَنَّهُ تَمْلِيكَ مَلَكَهَ بِالْإِذْنِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَابِلًا ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ سِلْعَةٍ ، لَمْ يَجْزُ لَهُ بَيْعُهَا مِنْ نَفْسِهِ .

٧٠/٦ ظ

(٦) في : بَابُ كَرَاهَةِ الْإِمَارَةِ بِغَيْرِ ضَرُورَةٍ ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ : صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٤٥٨/٣ .
كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الدُّخُولِ فِي الْوَصَايَا ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١٠٢/٢ .
وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنِ الْوَلَايَةِ عَلَى مَالِ الْيَتِيمِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . الْمُجْتَبَى ٢١٤/٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْتَدْرَكِ ١٨٠/٥ .

فصل : وإن وصَّى إليه بتفريق ثلثه ، فأبى الورثة^(٧) إخراج ثلث ما في أيديهم ، ففيه^(٨) روايتان ؛ إحداهما ، يُخرج الثلث كله ممَّا في يده . نقلها أبو طالب ؛ لأنَّ حقَّ الموصى له مُتعلِّق بأجزاء التركة ، فجاز أن يدفع إليه ممَّا في يده ، كما يدفع إلى بعض الورثة . والأخرى ، يدفع إليه ثلث ما في يده ، ولا يُعطيه شيئاً ممَّا في يده حتى يُخرجوا ثلث ما في أيديهم . نقلها أبو الحارث ؛ لأنَّ صاحب الدين إذا كان للمدين في يده مال ، لم يملك استيفاءه ممَّا في يده ، كذا ههنا . ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين ، فالرواية الأولى محمولة على ما إذا كان المال جنساً واحداً ، فلموصى أن يخرج الثلث كله ممَّا في يده ؛ لأنَّه لا فائدة في انتظار إخراجهم ممَّا في أيديهم ، مع اتِّحاد الجنس . والرواية الثانية محمولة على ما إذا كان المال أجناساً ، فإنَّ الوصية تتعلَّق بثلث كلِّ جنس ، فليس له أن يُخرج عوضاً عن ثلث ما في أيديهم ممَّا في يده ؛ لأنَّه معاوضة لا تجوز إلا برضاهم ، والله أعلم .

فصل : إذا علم الوصى أنَّ على الميت ديناً ، إمَّا بوصية الميت أو غيرها ، فقال أحمد : لا يقضيه إلا ببينة . قيل له : فإن كان ابن الميت يصدقه ؟ قال : يكون ذلك في حصَّة من أقر بقدر حصته . وقال في من استودع رجلاً ألف درهم ، وقال : إن أنا ميت ، فادفعها إلى ابني الكبير . وله ابنان ، أو قال : ادفعها إلى أجنبي . فقال : إن دَفَعَهَا إلى أحد الابنين ، ضَمِنَ لِلآخَرِ قَدْرَ حَصَّتِهِ ، وإن دَفَعَهَا إلى الآخر ، ضَمِنَ . ولعلَّ هذا من أحمد فيما إذا لم يصدِّق الورثة الوصى ، ولم يُقرُّوا ، فلا يُقبَلُ قوله عليهم ، وليس له الدَّفْعُ بغير إذْنِهِمْ ؛ لأنَّ قوله أقر عندى وأذن لى ، إثبات ولاية ، فلا يُقبَلُ قوله فيه ، ولا شهادته ؛ لأنَّه يشهد لنفسه بالولاية . / وقد نقل أبو داود ، في رجل أوصى أن لفلان على كذا ، يتبغى للوصى أن ينفذه ، ولا يحلَّ له إن لم ينفذه^(٩) . فهذه المسألة محمولة

و ٧١/٦

(٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٨) في م : « فعنه » .

(٩) في ا ، م : « ينفذ » .

على أن الورثة يُصدّقون الوصى أو المدعى ، أو له بيّنة بذلك ، جَمْعًا بين الروايتين ، وموافقةً للدليل . قيل لأحمد : فإن علم الموصى إليه لرجل حقًا على الميت ، فجاء الغريم يطالب الوصى ، وقدمه إلى القاضى ليستحلّفه أن مالى فى يدك حق . فقال : لا يحلف . ويُعلم القاضى بالقضية ، فإن أعطاه القاضى فهو أعلم . فإن ادعى رجل دينًا على الميت ، وأقام به بيّنة ، فهل يجوز للوصى قبولها ، وقضاء الدين بها ، من غير حضور حاكم ؟ فكلّام أحمد يدل على روايتين ؛ إحداهما ، قال : لا يجوز الدفع إليه بدعواه ، إلا أن تقوم البيّنة . فظاهر هذا أنه جَوَزَ الدَّفْعَ بِالْبَيِّنَةِ من غير حُكْمٍ ^(١٠) حاكم . لأن البيّنة له حُجَّةٌ . وقال فى موضع آخر : إلا أن يثبت بيّنة ^(١١) عند الحاكم بذلك ، فأما إن صدّقهم الورثة على ذلك . قيل ؛ لأنه إقرار منهم على أنفسهم .

٩٨٨ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ ، أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ ، عَبْدَيْنِ ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمَا ، وَقِيَمَةُ أَحَدِهِمَا مِائَتَانِ ، وَالْآخَرِ ثَلَاثُمِائَةٍ ، فَلَمْ يُجْزِ الْوَرَثَةُ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ عَلَى الَّذِي قِيَمَتُهُ مِائَتَانِ ، عَتَقَ مِنْهُ خُمُسَةُ أَسْدَاسِهِ ، وَهُوَ ثُلُثُ الْجَمِيعِ . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْآخَرِ ، عَتَقَ مِنْهُ خُمُسَةُ أَسْدَاسِهِ ؛ لِأَنَّ جَمِيعَ مِلْكِ الْمَيِّتِ خُمُسُمِائَةٌ دِرْهَمٍ ، وَهُوَ قِيَمَةُ الْعَبْدَيْنِ ، فَضَرْبُ فِى ثَلَاثَةٍ ، فَأُخِذَ ثُلُثُهُ خُمُسُمِائَةٍ . فَأَمَّا إِنْ وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ عَلَى الَّذِي قِيَمَتُهُ مِائَتَانِ ، ضَرْبُهُ فِى ثَلَاثَةٍ ، فَصَيَّرْنَاهُ سِتْمِائَةً ، فَصَارَ الْعِتْقُ مِنْهُ خُمُسَةُ أَسْدَاسِهِ . وَكَذَلِكَ يُفْعَلُ فِى الْآخَرِ إِذَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ . وَكُلُّ شَيْءٍ يَأْتِى مِنْ هَذَا الْبَابِ فَسَيَّلُهُ أَنْ يُضْرَبَ فِى ثَلَاثَةٍ ، لِيُخْرَجَ بِهَا كَسْرٌ)

هذه المسألة دالّة على أحكام أربعة ؛ منها أن حكم العتق فى مرض الموت حكم

(١٠) سقط من : م .

(١١) فى ا ، م : : بيّنة .

الْوَصِيَّةُ ، لَا يَجُوزُ مِنْهُ إِلَّا «ثُلُثُ / الْمَالِ»^(١) ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الْوَرِثَةُ . وَهَذَا قَوْلُ جُمْهُورِ
 الْفُقَهَاءِ . وَحُكِيَ عَنْ مَسْرُوقٍ ، فِي مَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ :
 أُجِيزَهُ بِرُمَّتِهِ ، شَيْءٌ جَعَلَهُ اللَّهُ لَا أَرُدُّهُ^(٢) . وَهَذَا قَوْلُ شَاذٍ يُخَالِفُ الْأَثَرَ وَالنَّظَرَ ، فَإِنَّهُ
 قَدْ صَحَّ عَنْ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ ، أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ أَعْتَقَ سَيِّئَةً أَعْبَدَ عِنْدَ مَوْتِهِ ، لَمْ
 يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ ، فَدَعَا بِهِمُ النَّبِيُّ ﷺ ، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرْقَى أَرْبَعَةً .
 وَقَالَ لَهُ قَوْلًا شَدِيدًا . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ^(٣) . وَلَأَنَّهُ تَبَرَّعَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ فَأَشْبَهَ
 سَائِرَ الْعَطَايَا وَالصَّدَقَاتِ . الثَّانِي ، أَنَّ الْعِتْقَ إِذَا كَانَ فِي أَكْثَرِ مِنْ وَاحِدٍ ، وَلَمْ يَحْمِلْهُمْ
 الثُّلُثُ ، كَمَلْنَا الثُّلُثَ فِي وَاحِدٍ بِالْقُرْعَةِ ، وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً كَمَلْنَا الْعِتْقَ فِي بَعْضِهِمْ
 بِالْقُرْعَةِ ، بِدَلِيلِ حَدِيثِ عِمْرَانَ^(٤) «بْنِ حُصَيْنٍ» الْمَذْكُورِ . الثَّالِثُ ، أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَخْرُجْ مِنَ
 الثُّلُثِ إِلَّا جُزْءٌ مِنْ عَبْدٍ ، عَتَقَ ذَلِكَ الْجُزْءَ خَاصَّةً ، وَرَقَّ بَاقِيهِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ فِي
 الْعِتْقِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . الرَّابِعُ ، إِبْثَابُ الْقُرْعَةِ وَمَشْرُوعِيَّتُهَا ؛ بِدَلِيلِ حَدِيثِ
 عِمْرَانَ ، وَفِعْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي الْأَعْبِدِ الَّذِينَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ . فَأَمَّا كَيْفِيَّةُ تَكْمِيلِ الْعِتْقِ ، فَإِنَّ
 الْعَبِيدَ إِنْ تَسَاوَتْ قِيَمَتُهُمْ ، وَكَانَ لَهُمْ ثُلُثُ صَحِيحٌ ، كِسْتَةُ أَعْبَدٍ ، قِيَمَةُ كُلِّ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ
 ثُلُثُ الْمَالِ ، جَعَلْنَا كُلَّ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ^(٥) ثُلُثًا ، وَأَقْرَعْنَا بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ ، وَسَهْمِي رِقٍّ ،
 كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَالَّذَانِ يَقَعُ لِهَمَا سَهْمُ الْحَرِيَّةِ يَعْتَقَانِ ، وَيَرِقُّ الْآخَرُونَ . وَإِنْ كَانَ
 فِيهِمْ كَسْرٌ ، كَمَسَالَةِ الْخَرْقِيِّ ، أَقْرَعْتَ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ ، فَأَيُّهُمَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ قُرْعَةُ
 الْحُرِّيَّةِ ، ضَرَبْتَ قِيَمَتَهُ فِي ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ ، فَمَهُمَا^(٦) يَلْغُ نَسَبَتْ إِلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَبْدَيْنِ
 جَمِيعًا ، فَمَهُمَا خَرَجَ بِالنَّسْبَةِ ، فَهُوَ الْقَدْرُ الَّذِي يَعْتَقُ مِنْهُ . فَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، إِذَا وَقَعَتْ

(١ - ١) فِي ١ : الثُّلُثُ .

(٢) فِي م : إِرَادَةُ .

(٣) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٩٥ .

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦) فِي ١ ، م : فَمَا .

الْقُرْعَةُ عَلَى الَّذِي قِيمَتُهُ مَائَتَانِ ، ضَرَبَتْهَا فِي ثَلَاثَةِ ، صَارَتْ ^(٧) سِتِّمَائَةً ، وَنَسَبَتْ مِنْهَا قِيمَةَ الْعَبْدَيْنِ مَعًا ، وَهِيَ خَمْسُمَائَةٌ ، تَجِدُهَا خَمْسَةُ أَسْدَاسِهَا ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى / الْآخَرِ ، عَتَقَ خَمْسَةَ أَتْسَاعِهِ . وَتَمَامُ شَرْحِ ذَلِكَ يَأْتِي فِي بَابِ الْعِتْقِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

٩٨٩ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَوْصَى بِعَبْدٍ مِنْ عِبِيدِهِ لِرَجُلٍ ، وَلَمْ يُسَمِّ الْعَبْدَ ، كَانَ لَهُ أَحَدُهُمْ بِالْقُرْعَةِ ، إِذَا كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَإِلَّا مَلَكَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ)

وَجَمَلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِغَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَعَبْدٍ مِنْ عِبِيدِهِ ، وَشَاقٍ مِنْ غَنَمِهِ ، تَصَحُّ . وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَجْهُولِ تَصَحُّ فِيمَا مَضَى . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فِيمَا يَسْتَحِقُّهُ الْمُوصَى لَهُ ، فَرَوَى أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ أَحَدَهُمْ بِالْقُرْعَةِ ، وَيُشَبِّهُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ إِسْحَاقَ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، أَنَّهُ يُعْطَى أَحْسَنَهُمْ . يَعْنِي يُعْطِيهِ الْوَرْثَةُ مَا أَحْبَبُوا مِنَ الْعَبِيدِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ مَالِكٌ قَوْلًا يَفْتَضِي أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى بِعَبْدٍ ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَعْبُدٍ ، فَلَهُ ثَلَاثُهُمْ . وَإِنْ كَانُوا أَرْبَعَةً فَلَهُ رُبُعُهُمْ ، فَإِنَّهُ قَالَ : إِذَا أَوْصَى بِعَشْرٍ مِنْ إِبِلِهِ ، وَهِيَ مَائَةٌ ، يُعْطَى عَشْرُهَا ، وَالتَّخْلُ ، وَالرَّقِيقُ ، وَالدَّوَابُّ عَلَى ذَلِكَ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُعْطَى عَشْرَةٌ بِالْعَدَدِ ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي تَنَاوَلَهُ لَفْظُهُ ، وَلَفْظُهُ هُوَ الْمُفْتَضِي ، فَلَا يُعَدَّلُ عَنْهُ ، وَلَكِنْ يُعْطَى وَاحِدًا بِالْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ وَاحِدًا غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، فَلَيْسَ وَاحِدًا بِأَوَّلَى مِنْ وَاحِدٍ ، فَوَجِبَ الْمَصِيرُ إِلَى الْقُرْعَةِ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ وَاحِدًا مِنْهُمْ . وَعَلَى مَا نَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، يُعْطِيهِ الْوَرْثَةُ مِنْ عِبِيدِهِ مَا شَاءُوا ، مِنْ صَحِيحٍ أَوْ مَعْيَبٍ ، جَيِّدٍ أَوْ رَدِيءٍ ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُهُ اسْمُ الْعَبْدِ ، فَأَجْزَأُ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِعَبْدٍ وَلَمْ يُضَيِّفْهُ إِلَى عِبِيدِهِ . وَإِنْ لَمْ ^(٨) يَكُنْ لَهُ إِلَّا عَبْدٌ وَاحِدٌ . تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ لَهُ عِبِيدٌ فَمَاتُوا كُلُّهُمْ إِلَّا وَاحِدًا ، تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ ، لِتَعَدُّرِ تَسْلِيمِ الْبَاقِي . وَإِنْ تَلَفَ رَقِيقُهُ

(٧) فِي الْأَصْلِ : « صَارَتْ » .

(٨) فِي م : « وَلَمْ » .

جميعهم قبل موت الموصي ، أو قتلوا ، بطلت الوصية ؛ لأنها إنما تلزم بالموت ، ولا رقيق له حيثئذ . وإن تلفوا بعد موته بغير تفريط من الورثة ، بطلت الوصية ؛ لأن التركة عند الورثة غير مضمونة ؛ / لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم . وإن قتلهم قاتل ، فللموصي له قيمة أحدهم ، مبنياً على الروايتين في من يستحقه منهم في الحياة . ولو قال : أوصيت لك بعبد من عبيدي . ولا عبيده ، لم تصح الوصية ؛ لأنه أوصى له بلا شيء ، فهو كما لو قال : أوصيت لك بما في كيسي . ولا شيء فيه ، أو بداري . ولا دار له ، فإن اشترى قبل موته عبداً ، احتمل أن لا تصح الوصية ؛ لأنها وقعت باطلة ، فلم تصح . كما لو قال : أوصيت لك بما في كيسي . ولا شيء فيه ، ثم جعل في كيسه شيئاً . ولأن الوصية تقتضي عبداً من الموجودين له حال الوصية . ويحتمل أن تصح ، كما لو وصى له بألف لا يملكه ، ثم ملكه ، أو وصى له بثلاث عبيده ، ثم ملك عبداً آخرين . وقد روى ابن منصور ، عن أحمد ، في رجل قال في مرضه : أعطوا فلاناً من كيسي مائة درهم . فلم يؤخذ في كيسه شيء . يُعطى مائة درهم . فلم تبطل الوصية ؛ لأنه قصد إعطاءه مائة درهم ، وظنّها في الكيس ، فإذا لم تكن في الكيس ، أُعطى من غيره . فكذلك يُخرج في الوصية بعبد من عبيده ، إذا لم يكن له عبيد ، أن يشتري له من تركته عبد ، ويُعطى إياه .

فصل : وإن وصى الرجل بعبد ، صحت الوصية ، ويشتري له عبداً أو عبداً كان . وإن كان له عبيد ، أعطاه الورثة ما شاءوا ، ولا قرعة ههنا ؛ لأنه لم يضيف^(٢) الرقيق إلى نفسه ، ولا جعله واحداً من عدد محصور ، فلم يستحق الموصي له أكثر من أقل من يُسمى عبداً ، كما لو أقر له بعبد . قال القاضي : ولهم أن يعطوه ما شاءوا من ذكر أو أنثى . والصحيح عندي أنه لا يستحق إلا ذكراً ؛ فإن الله تعالى فرق بين العبيد والإماء ، بقوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ

(٢) في النسخ : « يصف » .

وَأَمَّا تَكُنُّ ﴿٣﴾ . وَالْمَغْطُوفُ يُغَايِرُ الْمَغْطُوفَ عَلَيْهِ ظَاهِرًا . وَلَآئِهِ فِي الْعُرْفِ كَذَلِكَ ، فَإِنَّهُ لَا يُفْهَمُ مِنْ إِطْلَاقِ اسْمِ الْعَبْدِ إِلَّا الذَّكَرُ . وَلَوْ وَكَّلَهُ / فِي شِرَاءِ عَبْدٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ شِرَاءُ أُمَةٍ ، فَلَا تَنْصَرِفُ وَصِيَّتُهُ إِلَّا إِلَى الذَّكَرِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِأُمَةٍ أَوْ جَارِيَةٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا أَنْثَى ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُعْطِيَ حُنْثَى مُشْكِلًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ كَوْنُهُ ذَكَرًا أَوْ أَنْثَى ^(٤) . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِوَاحِدٍ مِنْ رَقِيقِهِ ، أَوْ بِرَأْسِ مِمَّا مَلَكَتْ يَمِينُهُ ، دَخَلَ فِي وَصِيَّتِهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى وَالْحُنْثَى .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِشَاةٍ مِنْ غَنَمِهِ ، فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْحُكْمِ فِي الْوَصِيَّةِ بِعَبْدٍ مِنْ عَبِيدِهِ ، وَيَقَعُ هَذَا الْاسْمُ عَلَى الضَّأْنِ وَالْمَعْزِ . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَيَتَنَاوَلُ الصَّغِيرَةَ وَالْكَبِيرَةَ ، وَالذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّ الشَّاةَ اسْمٌ يَتَنَاوَلُ جَمِيعَ ذَلِكَ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « فِي أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةً » ^(٥) . يُرِيدُ الذَّكَورَ وَالْإِنَاثَ ، وَالصَّغَارَ وَالْكِبَارَ . وَعِنْدِي أَنَّهُ لَا يَتَنَاوَلُ إِلَّا أَنْثَى كَبِيرَةً ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي بَلَدٍ غُرْفُهُمْ يَتَنَاوَلُ ذَلِكَ ، فَأَمَّا مَنْ لَا يَتَنَاوَلُ غُرْفُهُمْ إِلَّا الْإِنَاثَ ، فَإِنَّ وَصِيَّتَهُ لَا تَتَنَاوَلُ إِلَّا مَا يُسَمَّى فِي غُرْفِهِمْ ؛ لِأَنَّ ظَاهَرَ حَالِهِ إِرَادَةُ مَا يَتَعَارَفُونَهُ . وَإِنْ وَصَّى بِكَبْشٍ ، لَمْ يَتَنَاوَلُ إِلَّا الذَّكَرَ الْكَبِيرَ مِنَ الضَّأْنِ . وَالتَّيْسُ لَا يَقَعُ إِلَّا عَلَى الذَّكَرِ الْكَبِيرِ مِنَ الْمَعْزِ . وَإِنْ وَصَّى بِعَشْرَةٍ مِنَ الْغَنَمِ ، يَتَنَاوَلُ عَشْرَةً مِنَ الذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ ، وَالصَّغَارِ وَالْكِبَارِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِجَمَلٍ ، لَمْ يَكُنْ إِلَّا ذَكَرًا . وَإِنْ وَصَّى بِنَاقَةٍ ، لَمْ تَكُنْ إِلَّا أَنْثَى . وَإِنْ قَالَ : عَشْرَةً مِنْ إِبِلٍ ، وَقَعَ عَلَى الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى جَمِيعًا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ قَالَ : عَشْرَةً بِأَهَاءٍ ، فَهُوَ لِلذَّكَورِ ، وَإِنْ قَالَ عَشْرَ ، فَهُوَ لِلْإِنَاثِ ، وَكَذَلِكَ فِي الْغَنَمِ ؛ لِأَنَّ الْعَدَدَ فِي الْعَشْرَةِ إِلَى الثَّلَاثَةِ لِلْمَذَكَّرِ بِأَهَاءٍ ، وَلِلْمَوْثُثِ بِغَيْرِهَا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ سَحَرَهَا

(٣) سورة النور ٣١ .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، أ : هـ وَلَا أَنْثَى .

(٥) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي : ٤١/٤ .

عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ ^(٦) . وَإِنْ قَالَ : أَعْطُوهُ بَعِيرًا . ففیه وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ لِلذَّكَرِ وَحَدَهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي الْعُرْفِ اسْمٌ لَهُ وَحَدَهُ . وَالثَّانِي ، هُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّهُ فِي لِسَانِ الْعَرَبِ يَتَنَاوَلُهُمَا جَمِيعًا . تَقُولُ / الْعَرَبُ : حَلَبْتُ الْبَعِيرَ . تُرِيدُ الثَّاقَةَ ، فَالْجَمْلُ فِي لِسَانِهِمْ كَالرُّجُلِ مِنْ بَنِي آدَمَ ، وَالثَّاقَةُ كَالْمِرْأَةِ ، وَالبَّكَرَةُ ^(٧) كَالْفَتَاةِ . وَكَذَلِكَ الْقُلُوصُ وَالْبَعِيرُ كَالْإِنْسَانِ .

ظ ٧٣/٦

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بَثْوٍ ، فَهُوَ ذَكَرٌ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ ^(٨) بَبَقَرَةٍ ، فَهِيَ أُنْثَى . وَإِنْ وَصَّى بِدَابَّةٍ ، فَهِيَ وَاحِدَةٌ مِنَ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ ، يَتَنَاوَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّ الْأِسْمَ فِي الْعُرْفِ يَقَعُ عَلَى جَمِيعِ ذَلِكَ . وَإِنْ قَرَنَ بِهِ مَا يَصْرِفُهُ إِلَى أَحَدِهِمَا ، مِثْلُ إِنْ قَالَ : دَابَّةٌ يُقَاتِلُ عَلَيْهَا ، أَوْ يُسَنِّهَمَ لَهَا . انْصَرَفَ إِلَى الْخَيْلِ . وَإِنْ قَالَ : دَابَّةٌ يَنْتَفِعُ بِظَهْرِهَا وَنَسْلُهَا ، خَرَجَ مِنَ الْبِغَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَسْلَ لَهَا ، وَخَرَجَ مِنَ الذَّكَوْرِ كَذَلِكَ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ ^(٩) بِحِمَارٍ ، فَهُوَ ذَكَرٌ . وَإِنْ وَصَّى بِأَتَانٍ ، فَهِيَ أُنْثَى . وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ ، إِذَا كَانَ لَهُ أَعْدَادٌ مِنْ جِنْسٍ مَا وَصَّى لَهُ بِهِ ، فَعَلَى قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ بِالْقُرْعَةِ ، وَعَلَى رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، يُعْطِيهِ الْوَرْتَةُ مَا شَاءُوا ، وَلَا يَسْتَحِقُّ لِلدَّابَّةِ سَرَّجًا ، وَلَا لِلْبَعِيرِ رَحْلًا ، إِلَّا أَنْ يَذْكُرَهُ فِي الْوَصِيَّةِ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى بِكَلْبٍ يُبَاخُ اقْتِنَاؤُهُ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَفْعًا مُبَاحًا ، وَتُقَرُّ الْيَدُ عَلَيْهِ ، وَالْوَصِيَّةُ تَبْرُعٌ ، فَتَصِحُّ فِي الْمَالِ ، وَفِي غَيْرِ الْمَالِ مِنَ الْحُقُوقِ ، وَلِأَنَّهُ تَصِحُّ هِبَتُهُ ، فَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، كَالْمَالِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُبَاخُ اقْتِنَاؤُهُ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، سِوَاءَ قَالَ : كَلْبًا مِنْ كِلَابِي ، أَوْ قَالَ : مِنْ مَالِي ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ ائْتِيَاغُ الْكَلْبِ ؛ لِأَنَّهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ ، بِخِلَافِ الشَّاةِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ كَلْبٌ وَلَا مَالٌ لَهُ سِوَاهُ ، فَلَهُ ثُلُثُهُ . وَإِنْ

(٦) سورة الحاقة ٧ .

(٧) في م : « والبكر » .

(٨) سقط من : الأصل ، م .

(٩) سقط من : الأصل .

كَانَ لَهُ مَالٌ سِوَاهُ ، فَقَدْ قِيلَ : لِلْمُوصَى لَهُ جَمِيعُ الْكَلْبِ وَإِنْ قَلَّ الْمَالُ ؛ لِأَنَّ قَلِيلَ الْمَالِ
خَيْرٌ مِنَ الْكَلْبِ ؛ لِكُونِهِ لَا قِيمَةَ لَهُ . وَقِيلَ : لِلْمُوصَى لَهُ بِهِ ثُلُثُهُ . وَإِنْ كَثُرَ الْمَالُ ؛
لِأَنَّ مَوْضُوعَ الْوَصِيَّةِ عَلَى أَنْ يُسَلَّمَ ثُلَاثُ التَّرَكَةِ لِلْوَرَثَةِ ، وَلَيْسَ فِي التَّرَكَةِ شَيْءٌ مِنْ جِنْسِ
الْمُوصَى بِهِ . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِكِلَابِهِ ، وَلَا خَرَّ بَثْلُ مَالِهِ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ
الثُّلُثُ ، وَلِلْمُوصَى لَهُ بِالْكِلَابِ ثُلُثُهَا ، وَجَهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ مَا حَصَلَ لِلْوَرَثَةِ مِنْ ثُلْثِي
الْمَالِ قَدْ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ فِيمَا يُقَابَلُهُ مِنْ حَقِّ الْمُوصَى لَهُ ، وَهُوَ الثُّلُثُ ، فَلَا يُخْسَبُ عَلَيْهِمْ
فِي حَقِّ الْكِلَابِ . وَلَوْ وَصَّى بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَلَمْ يُوصَرِ بِالْكِلَابِ ، دُفِعَ إِلَيْهِ ثُلُثُ الْمَالِ ،
وَلَمْ يُخْتَسَبْ بِالْكِلَابِ عَلَى الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَالٍ . وَإِذَا قُسِمَتِ الْكِلَابُ بَيْنَ
الْوَارِثِ وَالْمُوصَى لَهُ ، أَوْ بَيْنَ اثْنَيْنِ مُوصَى لهما بِهَا ، قُسِمَتْ عَلَى عَدِّهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا قِيمَةَ
لَهَا ، فَإِنْ تَشَاخَوْا فِي بَعْضِهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُفَرَّغَ بَيْنَهُمْ فِيهِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِكَلْبٍ ،
وَلِلْمُوصَى كِلَابٌ يُبَاحُ اتِّخَاذُهَا ، كِكِلَابِ الصَّيِّدِ وَالْمَاشِيَةِ وَالْخَرْتِ ، فَلَهُ وَاحِدٌ مِنْهَا
بِالْقُرْعَةِ ، أَوْ مَا أَحَبَّ الْوَرَثَةُ ، عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى . وَإِنْ كَانَ لَهُ كَلْبٌ يُبَاحُ
اتِّخَاذُهُ ^(١٠) ، وَكَلْبٌ لِلْهَرَّاشِ ، فَلَهُ الْكَلْبُ الْمُبَاحُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ
كُلُّهُ كَنَحْوِ ^(١١) مِمَّا ذَكَرْنَا ، إِلَّا أَنَّهُ يَجْعَلُ لِلْمُوصَى لَهُ بِكَلْبٍ مَا أَحَبَّ الْوَرَثَةُ دَفْعَهُ إِلَيْهِ .
وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِكَلْبِ الْهَرَّاشِ ، وَلَا كَلْبٍ غَيْرِ الْكِلَابِ الثَّلَاثَةِ . وَفِي الْوَصِيَّةِ بِالْجَرِّ
الصَّغِيرِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى جَوَازِ تَرْبِيَتِهِ لِلصَّيِّدِ أَوْ لِلْمَاشِيَةِ . وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ ذَلِكَ . وَلَا
تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِخَنْزِيرٍ ، وَلَا بِشَيْءٍ مِنَ السَّبَاعِ الَّتِي لَا تَصْلُحُ لِلْأَصْطِيَادِ كَالْأَسَدِ ،
وَالْتَمِرِ ، وَالذَّنْبِ ؛ لِأَنَّهَا لَا مَنَفْعَةَ فِيهَا ، وَلَا تَصِحُّ ^(١٢) بِشَيْءٍ لَا مَنَفْعَةَ فِيهِ مِنْ غَيْرِهَا .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِطَبْلٍ خَرَبٍ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَنَفْعَةً مُبَاحَةً . وَإِنْ
كَانَ بِطَبْلٍ لَهْوٍ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِعَدَمِ الْمَنَفْعَةِ الْمُبَاحَةِ بِهِ . وَإِنْ كَانَ مَعَ ذَلِكَ إِذَا فُصِّلَ صَلَحَ

(١٠) سقط من : م .

(١١) في : ١ : نحو .

(١٢) في م زيادة : للوصية .

للحَرْبِ ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ بهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ مَنَفَعَتَهُ فِي الْحَالِ مَعْدُومَةٌ . فَإِنْ كَانَ يَصْلَحُ لهما جَمِيعًا ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ بهِ ؛ / لِأَنَّ الْمَنَفْعَةَ قَائِمَةً بِهِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِطَبْلٍ ، وَأَطْلَقَ ، وَلَهُ طَبْلَانِ ، تَصَحَّحَتِ الوَصِيَّةُ بِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، انصَرَفَتِ الوَصِيَّةُ إِلَى مَا تَصَحَّحَتِ الوَصِيَّةُ بِهِ . وَإِنْ كَانَ لَهُ طَبُولٌ تَصَحَّحَتِ الوَصِيَّةُ بِجَمِيعِهَا ، فَلَهُ أَخْذُهَا بِالْقُرْعَةِ ، أَوْ مَا شَاءَ الْوَرِثَةُ ، عَلَى اخْتِلَافِ الرُّوَايَتَيْنِ . وَإِنْ وَصَّى بِذُفٍّ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ بِهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « اُعْلِنُوا النِّكَاحَ ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالذُّفِّ » (١٣) . وَلَا تَصَحَّحُ الوَصِيَّةُ بِبِزْمَارٍ ، وَلَا طَنْبُورٍ ، وَلَا عُودٍ مِنْ عِيدَانِ اللَّهْوِ ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ فِيهِ الْأَوْتَارُ أَوْ لَمْ تَكُنْ ؛ لِأَنَّهُ مُهَيَّأٌ لِفِعْلِ الْمَعْصِيَةِ دُونَ غَيْرِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَتْ فِيهِ الْأَوْتَارُ .

فصل : وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِقَوْسٍ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، فَإِنْ فِيهِ مَنَفْعَةٌ مُبَاحَةٌ ، سَوَاءٌ كَانَ قَوْسٌ تُشَابِبُ ، وَهُوَ الْفَارِسِيُّ ، أَوْ تَبِلٌ وَهُوَ الْعَرَبِيُّ ، أَوْ قَوْسًا (١٤) بِمَجْرَى ، أَوْ قَوْسَ زَنْبُورٍ ، أَوْ جُوجٍ ، أَوْ نَذِفٍ ، أَوْ بُنْدُقٍ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا قَوْسٌ وَاحِدٌ مِنْ هَذِهِ الْقِسْمِ ، تَعَيَّنَتِ الوَصِيَّةُ فِيهِ . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ هَذِهِ جَمِيعُهَا ، وَكَانَ فِي لَفْظِهِ أَوْ حَالِهِ قَرِينَةٌ تَصْرِفُ إِلَى أَحَدِهَا ، انصَرَفَ إِلَيْهِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : قَوْسًا يَنْدِفُ بِهِ ، أَوْ يَتَعَيْشُ بِهِ ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ ، فَهَذَا يَصْرِفُهُ إِلَى قَوْسِ النَّدِفِ . وَإِنْ قَالَ : يَغْزُو بِهِ . خَرَجَ مِنْهُ قَوْسُ النَّدِفِ ، وَالْبُنْدُقِ . وَإِنْ كَانَ الْمُوصِي لَهُ نَدَا فَا لَا عَادَةَ لَهُ بِالرَّمِي ، أَوْ بُنْدُقَانِيًّا لَا عَادَةَ لَهُ بِالرَّمِي بِشَيْءٍ سِوَاهُ ، أَوْ يَرْمِي بِقَوْسٍ غَيْرِهِ لَا (١٥) يَرْمِي بِسِوَاهُ ، انصَرَفَتِ الوَصِيَّةُ إِلَى الْقَوْسِ الَّذِي يَسْتَعْمِلُهُ عَادَةً ؛ لِأَنَّ ظَاهَرَ حَالِ الْمُوصِي أَنَّهُ قَصَدَ نَفْعَهُ بِمَا جَرَتْ عَادَتُهُ بِالْإِتِّفَاعِ بِهِ . وَإِنْ اتَّفَقَتِ الْقَرَائِنُ ، فَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّ لَهُ وَاحِدًا مِنْ جَمِيعِهَا بِالْقُرْعَةِ ، أَوْ مَا يَخْتَارُهُ الْوَرِثَةُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ جَمِيعَهَا . وَالصَّحِيحُ أَنَّ وَصِيَّتَهُ لَا تَتَنَاوَلُ قَوْسَ

(١٣) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي إِعْلَانِ النِّكَاحِ ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٣٠٨/٤ .
وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ إِعْلَانِ النِّكَاحِ ، مِنْ النِّكَاحِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٦١١/١ ، وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٥/٤ مَخْتَصَرًا .

(١٤) فِي النِّسْخِ : « قَوْسٌ » . وَبِمَجْرَى : أَنْ يَوْضَعَ فِي مَجْرَاهِ السَّهْمِ ، فَيُخْرِجُ مِنَ الْمَجْرَى .

(١٥) فِي ١ : « وَلَا » .

النَّدَف ، ولا البُنْدُق ، ولا العَرَبِيَّةُ فِي بَلَدٍ لَا عَادَةَ لَهُمْ بِالرَّمْيِ بِهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ^(١٦) يَذْكُرِ الْعَرَبِيَّةَ ، وَيَكُونُ لَهُ وَاحِدٌ مِمَّا / عَدَاهُ هَذِهِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ لَا يُطْلَقُ عَلَيْهَا اسْمُ الْقَوْسِ فِي الْعَادَةِ بَيْنَ غَيْرِ أَهْلِهَا حَتَّى يَصِفَهَا ، فَيَقُولُ : قَوْسُ الْقُطَيْنِ ، أَوِ النَّدَفِ ، أَوْ قَوْسُ الْبُنْدُقِ . وَأَمَّا الْعَرَبِيَّةُ فَلَا يَتَعَارَفُهَا غَيْرُ طَائِفَةٍ مِنَ الْعَرَبِ ، فَلَا يَحْطُرُ بِإِلِالِ الْمُوصِي غَالِبًا . وَيُعْطَى الْقَوْسَ مَعْمُولَةً^(١٧) ؛ لِأَنَّهَا لَا تُسَمَّى قَوْسًا إِلَّا كَذَلِكَ . وَلَا يَسْتَحِقُّ وَثَرَهَا ؛ لِأَنَّ الاسْمَ يَقَعُ عَلَيْهَا دُونَهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يُعْطَاهَا بَوَثَرِهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا يُنْتَفَعُ بِهَا إِلَّا بِهِ ، فَكَانَ كَجُزٍّ مِنْ أَجْزَائِهَا .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بَعُودٌ ، وَلَهُ عُودٌ لَهْوٍ وَغَيْرِهِ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَهَا يَنْصَرِفُ إِلَى عُودِ الْهَوِ ، وَلَا تَصِحُّ^(١٨) الْوَصِيَّةُ بِهِ لِعَدَمِ النَّفْعِ الْمُبَاحِ فِيهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا عِيدَانُ قِسِيٍّ ، أَوْ عُودٌ يُتَبَخَّرُ بِهِ ، أَوْ غَيْرُهُ مِنَ الْعِيدَانِ الْمُبَاحَةِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، وَانْصَرَفَتْ إِلَيْهَا ؛ لِعَدَمِ غَيْرِهَا ، وَتَعَيُّنِهَا مَعَ إِبَاحَتِهَا . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِجَرَّةٍ فِيهَا خَمْرٌ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِالْجَرَّةِ ، وَبَطَلَتْ فِي الْخَمْرِ ؛ لِأَنَّ فِي الْجَرَّةِ نَفْعًا مُبَاحًا ، وَالْخَمْرُ لَا نَفْعَ فِيهِ مُبَاحٌ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِمَا فِيهِ الْمَنْفَعَةُ الْمُبَاحَةُ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِخَمْرٍ وَخَلٍّ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِخَمْرٍ فِي جَرَّةٍ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الَّذِي أَضَافَ الْوَصِيَّةَ إِلَيْهِ الْخَمْرُ ، وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ .

٩٩٠ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَوْصَى لَهُ بِشَيْءٍ بَعَيْنِهِ ، فَتَلَفَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصَى لَهُ شَيْءٌ . وَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ كُلُّهُ إِلَّا الْمُوصَى بِهِ ، فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ مِمَّنْ عَلِمْنَا قَوْلَهُ ، عَلَى أَنَّ الْمُوصَى بِهِ إِذَا تَلَفَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصَى أَوْ

(١٦) فِي م : لَا .

(١٧) فِي م زِيَادَةٌ : بِهَا .

(١٨) فِي م : تَصْلَحُ .

بعده ، فلا شيء للموصى له . كذلك حكاه ابن المُنْذِر ، فقال : أجمع من أخفظ عنه من أهل العلم ، على أن الرجل إذا أوصى له بشيء ، فهلك ذلك الشيء ، أن لا شيء له في سائر ماله الميت ، وذلك لأن الموصى له إنما يستحق بالوصية لا غير ، وقد تعلقت بمعين ، وقد ذهب ، فذهب حقه ، كمالو / تَلَفَ في يده ، والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم ؛ لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ، ولا تفريطهم ، فلم يضمّنوا شيئاً . وإن تلف المأل كله سيواه فهو للموصى له ؛ لأن حق^(١) الورثة لم يتعلق به لتعيينه للموصى له ، وذلك يملك أخذه بغير رضاهم وإذنيهم ، فكان حقه فيه دون سائر المأل ، وحقوقهم في سائر المأل دونه ، فأيهما تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه ، كمالو كان التلّف بعد أن أخذه الموصى له وقبضه ، وكالورثة إذا اقتسموا ، ثم تلف نصيب أحدهم . قال أحمد ، في من خلف مائتي دينار وعبدًا قيمته مائة ، ووصى لرجل بالعبد ، فسرق الدنانير بعد الموت : فالعبد للموصى له به .

فصل : وإن وصى له بمعين ، فاستحق بعضه أو هلك ، فله ما بقي منه ، إن حمّله الثلث ، وإن وصى له بثلاث عبد أو ثلث دار ، فاستحق الثلثان منه ، فالثلث الباقي للموصى له . وهو قول الشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ لأن الباقي كله موصى به ، وقد خرج من الثلث ، فاستحقه الموصى له ، كمالو كان شيئاً معيناً . وإن وصى له بثلاث^(٢) ثلاثة أعبد ، فهلك عبدان ، أو استحقا ، فليس له إلا ثلث الباقي . وبه قال الشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ لأنه لم يوص له من الباقي بأكثر من ثلاثة ، وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه .

٩٩١ - مسألة ؛ قال : (ومن أوصى له بشيء فلم يأخذه زماناً ، قُومَ وَفَتِ الموت ، لا وَفَتِ الأُخْدِ)

وجملته أن الاعتبار في قيمة الموصى به وخروجها من الثلث ، أو عدم خروجها ،

(١) في الأصل ، ١ : حقوق .

(٢) سقط من : م .

بحالة الموت ؛ لأنها حَالٌ لزومِ الوَصِيَّةِ ، فتُعتَبَرُ قِيَمَةُ المَالِ فيها . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . ولا أَعْلَمُ فيه خِلَافًا . فيُنْتَظَرُ ؛ فإن كانَ المُوَصَّى به وقتَ الموتِ ثُلُثَ التَّرِكَةِ ، أو دُونَهُ ، نفَذَتِ الوَصِيَّةُ ، واستَحَقَّهُ المُوَصَّى له كُلُّهُ . فإن زادتِ قِيَمَتُهُ حتى صارَ مُعَادِلًا لسائرِ المَالِ ، أو أَكْثَرَ منه ، أو هَلَكَ المَالُ كُلُّهُ سِوَاهُ ، فهو للمُوَصَّى له ، لا شَيْءَ للوَرِثَةِ فيه . / وإن كانَ حينَ الموتِ زائدًا عنِ الثُّلُثِ ، فللمُوَصَّى له منه قَدْرُ ثُلُثِ المَالِ . فإن كانَ نِصْفَ المَالِ ، فللمُوَصَّى له ثُلُثاه . وإن كانَ ثُلُثَيْهِ ، فللمُوَصَّى له نِصْفُهُ . وإن كانَ نِصْفَ المَالِ وثُلُثُهُ ^(١) ، فللمُوَصَّى له خُمُسَاهُ . فإن نقصَ بعدَ ذلك أو زادَ ، أو نقصَ سائرُ المَالِ أو زادَ ، فليس للمُوَصَّى له سِوَى ما كانَ له حينَ الموتِ . فلو وصَّى بَعْدَ قِيَمَتِهِ مِائَةً ، وله مِائَتان ، فزادتِ قِيَمَتُهُ بعدَ الموتِ حتى صارَ يُساوِي مِائَتَيْنِ ، فهو للمُوَصَّى له كُلُّهُ . وإن كانتِ قِيَمَتُهُ حينَ الموتِ مِائَتَيْنِ ، للمُوَصَّى له ثُلُثاه ؛ لأنَّهُما ثُلُثُ المَالِ . فإن نقصَتِ قِيَمَتُهُ بعدَ الموتِ حتى صارَ يُساوِي مِائَةً ، لم يَزِدْ حَقُّ المُوَصَّى له عنِ ثُلُثِهِ ^(٢) شَيْئًا ، إِلَّا أن يُجِيزَ الوَرِثَةُ . وإن كانتِ قِيَمَتُهُ أربعمائةٍ ، فللمُوَصَّى له نِصْفُهُ ، لا يُزَادُ حَقُّهُ عن ذلك ، سِوَاءَ نقصَ العَبْدُ أو زادَ ، أو نقصَ المَالُ أو زادَ .

فصل : والعَطَايا في مَرَضِهِ يُعتَبَرُ خُرُوجُهَا مِنَ الثُّلُثِ حينَ الموتِ . نَقَلَ صَالِحُ بْنُ أَحْمَدَ عَنْ أَبِيهِ ، فِي مَنْ لَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ ، وَعَبْدٌ قِيَمَتُهُ أَلْفٌ ، فَأَعْتَقَ العَبْدَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، وَأَنْفَقَ الدَّرَاهِمَ : عَتَقَ مِنَ العَبْدِ ثُلُثَهُ . فَأَعْتَبَرَ مَالَهُ حينَ الموتِ مِنَ العَبْدِ لا فيما قَبْلَهُ ، فَلَمَّا لم يَكُنْ له حينَ الموتِ إِلَّا العَبْدُ ، لم يَعْتَقْ مِنْهُ إِلَّا ثُلُثَهُ ، ولو لم يَتَلَفِ الأَلْفُ ، لَعَتَقَ مِنْهُ ثُلُثَاهُ . ولو زادَ مَالُهُ قَبْلَ مَوْتِهِ حتى بَلَغَ أَلْفَيْنِ ، لَعَتَقَ العَبْدَ كُلَّهُ لخُرُوجِهِ مِنَ

(١) في م : ٥٠ وثلثه .

(٢) في ١ : ٥٠ ثلثيه .

الثُّلُثِ . وإن كَسَبَ العبدُ شيئاً ، كان كَسْبُهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَرَثَةِ ، على قَدَرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَةِ وَالرَّقِّ ، ويدخله الدَّورُ . وقد ذكرنا ذلك فيما مضى . وإن تَلَفَ من التَّرِكَةِ شَيْءٌ بِفِعْلِ مَضمُونٍ على الْوَرَثَةِ ، حُسِبَ عَلَيْهِم من التَّرِكَةِ .

فصل : وإن وصَّى بِمُعَيَّنٍ حَاضِرٍ ، وسائر ماله دينٌ أو غائبٌ ، فليس للوصي أخذ المُعَيَّنِ قَبْلَ قُدُومِ الْغَائِبِ أو اسْتِيفاءِ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا تَلَفَ ، فلا تُنفَّذُ الْوَصِيَّةُ فِي الْمُعَيَّنِ كُلِّهِ . وظاهرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ / أَنَّ للوصي ثُلُثَ الْمُعَيَّنِ . ذكره في المُدَبِّرِ . وقيل : لا يُدْفَعُ إِلَيْهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْوَرَثَةَ شَرَكَاؤُهُ فِي التَّرِكَةِ ، فلا يَحْصُلُ لَهُ شَيْءٌ ما لم يَحْصُلْ للوَرَثَةِ مِثْلَهُ^(٣) ، ولم يَحْصُلْ لَهُم شَيْءٌ . وهذا وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . والصَّحِيحُ أَنَّ لَهُ الثُّلُثَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِيهِ مُسْتَقَرٌّ ، فوجبَ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ ، لَعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي وَقْفِهِ ، كما لو لم يُخْلَفْ غَيْرَ الْمُعَيَّنِ . ولأنَّهُ لو تَلَفَ سائرُ المَالِ ، لَوَجِبَ تَسْلِيمُ ثُلُثِ الْمُعَيَّنِ إِلَى الْوَصِيِّ ، وليس تَلَفُ المَالِ سَبَبًا لاسْتِحْقَاقِ الْوَصِيَّةِ وَتَسْلِيمِهَا ، ولا يَمْنَعُ نَفُوذُ الْوَصِيَّةِ فِي الثُّلُثِ الْمُسْتَقَرِّ ، وإن لم يَنْتَفِعِ الْوَرَثَةُ بِشَيْءٍ ، كَالْوَأْبَرِ الْمُعْسِرِ مِنْ دَيْنٍ عَلَيْهِ . وقال مالكٌ : يُخَيَّرُ الْوَرَثَةُ بَيْنَ دَفْعِ الْعَيْنِ الْمُوصَى بِهَا ، وَبَيْنَ جَعْلِ وَصِيَّتِهِ بِثُلُثِ المَالِ ؛ لِأَنَّ الْمُوصَى كَانَ لَهُ أَنْ يُوصَى بِثُلُثِ مَالِهِ ، فَعَدَلَ إِلَى الْمُعَيَّنِ . وليس لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدَّى إِلَى أَنْ يَأْخُذَ الْمُوصَى لَهُ الْمُعَيَّنُ ، فَيَنْفَرِدَ بِالتَّرِكَةِ عَلَى تَقْدِيرِ تَلَفِ الْبَاقِي قَبْلَ وُصُولِهِ إِلَى الْوَرَثَةِ ، فيُقَالُ للوَرَثَةِ : إِنْ رَضِيْتُمْ بِذَلِكَ ، وَإِلَّا فَعُودُوا إِلَى مَا كَانَ لَهُ أَنْ يُوصَى بِهِ ، وَهُوَ الثُّلُثُ . ولَنَا ، أَنَّهُ أَوْصَى بِمَا لَا يَزِيدُ عَلَى الثُّلُثِ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَوَقَعَ لَازِمًا ، كَالْوَصَى لَهُ بِمُشَاعٍ . وما قَالَهُ لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ جَعْلَ حَقِّهِ فِي قَدَرِ الثُّلُثِ إِشَاعَةٌ ، وإِبْطَالُ مَا عَيْنُهُ ، فلا يَجُوزُ إسْقَاطُ مَا عَيْنُهُ الْمُوصَى لِلْمُوصَى لَهُ ، وَنَقْلُ حَقِّهِ إِلَى مَا لم يُوصَ بِهِ ، كَالْوَصَى لَهُ بِمُشَاعٍ ، لم يَجُزْ نَقْلُهُ إِلَى مُعَيَّنٍ ، وكَالْوَصَى كَانَ المَالُ كُلُّهُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ لِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثَ الْمُعَيَّنِ الْحَاضِرِ ، وَكُلَّمَا اقْتَضَى مِنْ دَيْنِهِ شَيْءٌ أَوْ حَضَرَ

ظ ٧٦/٦

(٣) في م : « مثله » .

من الغائب شيء ، فللموصى له بقدر ثلثه من الموصى به ، كذلك حتى يكمل للموصى له الثلث ، أو يأخذ المعين كله . فلو خلف تسعة عيناً ، وعشرين ديناً ، وابناً ، ووصى بالتسعة لرجل ، فللوصى ثلثها ثلاثة ، وكلما اقتضى من الدين شيء فللوصى ثلثه ، فإذا اقتضى ثلثه فله من / التسعة واحد ، حتى يقتضى ثمانية عشر ، فيكمل له التسعة .
 وإن جحد العريم ، أو مات ، أو يئس من استيفاء الدين ، أخذ الورثة الستة الباقية من العين . ولو كان الدين تسعة ، فإن الابن يأخذ ثلث العين ، ويأخذ الوصى ثلثها ، ويبقى ثلثها موقوفاً ، كلما استوفى من الدين شيء فللوصى من العين قدر ثلثه ، فإذا استوفى الدين كله ، كمل للموصى له ستة ، وهى ثلث الجميع . وإن كانت الوصية ينصف العين ، أخذ الوصى ثلثها ، وأخذ الابن نصفها ، وبقي سدسها موقوفاً ، فمتى اقتضى من الدين مثليه ، كملت الوصية^(٤) .

فصل : فإن كان الدين مثل العين ، فوصى لرجل بثلثه ، فلا شيء له قبل استيفائه^(٥) ، فكلما اقتضى منه شيء فله ثلثه ، وللابن ثلثاه . وهذا أحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفى وصيته . وهذا قول أهل العراق ؛ لأن ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر . ولنا ، أن الورثة شركاؤه فى الدين ، وليس معهم شركة فى العين ، فلا يختص بما خرج منه دونهم ، كما لو كان شريكه فى الدين وصياً آخر ، أو كما لو وصى لرجل بالعين ، وله ولاخر بالدين ، فإن المنفرد بوصية الدين لا يختص بما خرج منه له^(٦) دون صاحبه ، كذا ههنا .

فصل : ولو وصى لرجل بثلث ماله ، وله مائتان ديناً ، وعبد يساوى مائة ، ووصى لآخر بثلث العبد ، اقتسما ثلث العبد نصفين ، وكلما اقتضى من الدين شيء ، فللموصى له بثلث المال ربعه ، وله وللآخر من العبد بقدر ربع ما استوفى بينهما

(٤) فى الأصل ، ١ : « وصيته » .

(٥) فى م : « استيفاء الوصية » .

(٦) سقط من : الأصل ، ١ .

نَصْفَيْنِ . فإذا اسْتَوْفَى الدَّيْنُ كُلَّهُ كُمِّلَ لِلْوَصِيِّ نَصْفُ الْعَبْدِ . ولصاحبِ الثُّلُثِ رُبْعُ المائتين ، وذلك هو ثُلُثُ المَالِ . وإن اسْتَوْفَى الدَّيْنُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ قُسِمَا^(٧) بينهما كذلك ، للموصى له بالثُّلُثِ رُبْعُ المائتين ورُبْعُ العبدِ ، وللموصى له بثلثِ العبدِ رُبْعُهُ ؛ لأنَّ الوصيتين أربعَةُ أَتْسَاعِ المَالِ ، والجائزُ منهما ثُلُثُ المَالِ ، / وهو ثلاثة أَتْسَاعِ ، وذلك ثلاثة أرباعٍ وصيتُهُما ، فَرَدَدْنَا كُلَّ واحدٍ منهما إلى ثلاثة أرباعٍ وصيته ، وهى رُبْعُ المَالِ كُلُّهُ لصاحبِ ثُلُثِهِ ، ورُبْعُ العبدِ لصاحبِ ثُلُثِهِ . وفى المسألة أقوالٌ سِوَى ما قلناه ، تَرَكْنَاهَا لِطَوِيلِهَا ، وهذا أسَدُّهَا ، إن شاء الله ؛ لأنَّنا^(٨) أَدْخَلْنَا النِّقْصَ عَلَى كُلِّ واحدٍ منهما بِقَدْرِ مَالِهِ فى الوصية ، وكَمَلْنَا لهما الثُّلُثَ ، وإن أُجِيزَ لهما أَخْذُ كُلِّ واحدٍ منهما ما بَقِيَ من وصيته ، وهو رُبْعُهَا ، فَيُكْمَلُ ثُلُثُ المَالِ لصاحبه ، وَثُلُثُ العبدِ للآخر .

فصل : وإن خَلَفَ^(٩) ابْنَيْنِ ، وتركَ عَشْرَةَ عَيْنًا ، وعَشْرَةَ دَيْنًا عَلَى أَحَدِ ابْنَيْهِ ، وهو مُعْسِرٌ ، وَوَصَّى لِأَجْنَبِيٍّ بثلثِ مَالِهِ ، فَإِنَّ الوَصِيَّ وَالابْنَ الذِى لَا دَيْنَ عَلَيْهِ يَقْتَسِمَانِ العَشْرَةَ الْعَيْنَ نَصْفَيْنِ ، وَيَسْقُطُ عَنِ الْمَدِينِ ثَلَاثَا دَيْنِهِ ، وَيَبْقَى لهما عَلَيْهِ ثُلُثُهُ ، فَإِنْ كَانَتِ الوَصِيَّةُ بِالرُّبْعِ ، قُسِمَتِ العَشْرَةُ الْعَيْنُ بَيْنَهُمَا أَخْمَاسًا ، لِلْمَوْصَى خُمُسُهَا أَرْبَعَةٌ ، وَلِلابْنِ سِتَّةٌ ، وَسَقُطَ عَنِ الْمَدِينِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ دَيْنِهِ ، وَبَقِيَ عَلَيْهِ رُبْعُهُ ، فإذا اسْتَوْفَى قُسِمَ بَيْنَهُمَا أَخْمَاسًا ، كَمَا قُسِمَ الْعَيْنُ ؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ بِالرُّبْعِ ، وَهُوَ ثُمْنَانِ ، وَيَبْقَى سِتَّةٌ أَثْمَانٍ ، لِكُلِّ ابْنٍ ثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ ، فَصَارَ نَصِيبُ الوَصِيِّ وَالابْنِ الذِى لَا دَيْنَ عَلَيْهِ خَمْسَةَ أَثْمَانٍ ، لِلابْنِ ثَلَاثَةَ ، وَلِلْوَصِيِّ سَهْمَانِ ، فَلِذَلِكَ قَسَمْنَا الْعَيْنَ وَمَا حَصَلَ لهما مِنَ الدَّيْنِ بَيْنَهُمَا أَخْمَاسًا ، وَسَقُطَ عَنِ الْمَدِينِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ^(١٠) لَهُ ثَلَاثَةَ أَثْمَانٍ ، وهى ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ النِّصْفِ الذِى عَلَيْهِ .

(٧) فى م : « قسما » .

(٨) فى م : « إلا أننا » .

(٩) فى م : « خالف » .

(١٠) فى م : « لأنه » .

فصل : ونماء العَيْنِ الموصى بها إن كان مُتَّصِلاً كالسَّمَنِ ، وتعليم صَنْعَةٍ ، فهو تابع للعَيْنِ ، ويكون للموصى له إذا احتَمَلَهُ الثُّلُثُ . وإن كان مُتَفَصِّلاً ، كالوَلَدِ والثَّمَرَةِ في حَيَاةِ الموصى ، فهو له ، يصِيرُ إلى وَرَثَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ ^(١١) . وَلِكُلِّهِ . وما حَدَّثَ بَعْدَ الموتِ وَقَبْلَ القَبُولِ ، فَيَتَبَنَّى عَلَى المِلْكِ فِي الموصى له ^(١٢) . والصَّحِيحُ أَنَّهُ لِلوَرَثَةِ . والآخَرُ هو للموصى له ، فيكون النَّمَاءُ لِمَنِ المِلْكُ له .

٧٨/٦ و

٩٩٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى / بِوَصَايَا فِيهَا عَقَاقَةٌ ، فَلَمْ يَفِ الثُّلُثُ بِالنُّكْلِ ، نَحَاصُوا فِي الثُّلُثِ ، وَأَذِخِلِ النِّقْصَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ^(١٣) بِقَدْرِ مَالِهِ فِي الوَصِيَّةِ)

أَمَّا إِذَا حَلَّتِ الوَصَايَا مِنَ العِتْقِ ، وَتَجَاوَزَتِ الثُّلُثُ ، وَرَدَّ الوَرِثَةُ الزِّيَادَةَ ، فَإِنَّ الثُّلُثَ يُقَسَّمُ بَيْنَ الموصى لهم عَلَى قَدْرِ وَصَايَاهُمْ ، وَيَذْخُلُ النِّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ مَالِهِ مِنْ ^(١٤) الوَصِيَّةِ عَلَى مِثَالِ مَسَائِلِ العَوْلِ إِذَا زَادَتِ الفُرُوضُ عَنِ المَالِ . فلو وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَلِآخَرِ بِمَائَةٍ ، وَلِآخَرِ بِمُعَيَّنٍ قِيَمَتُهُ خَمْسُونَ ، وَوَصَّى بِفِدَاءِ أُسَيْرٍ بِثَلَاثِينَ ، وَلِعِمَارَةِ مَسْجِدٍ بِعِشْرِينَ ، وَثُلْثُ مَالِهِ مَائَةٌ ، جَمَعْتَ الوَصَايَا كُلَّهَا فَوَجَدْتَهَا ثَلَاثِمِائَةً ، وَتَسَبَّتَ مِنْهَا الثُّلُثُ ، فَتَجَدَّه ثُلُثُهَا ، فَتُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثُ وَصِيَّتِهِ ، فَلصَّاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثُ المِائَةِ ، وَكَذَلِكَ لِصَاحِبِ المِائَةِ ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُ الخَمْسِينَ إِلَى ثُلُثِهَا ، وَلِفِدَاءِ الأُسَيْرِ عَشْرَةٌ ، وَلِعِمَارَةِ المَسْجِدِ سِتَّةٌ ، وَثَلَاثَانِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ فِيهَا عِتْقٌ ، فَعَنْ أَحْمَدَ فِيهَا رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّ ^(١٥) يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَ جَمِيعِ الوَصَايَا العِتْقِ ^(١٦) وَغَيْرِهِ سَوَاءً ، وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ سِيرِينَ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُمْ تَسَاوَوْا فِي سَبَبِ الاستِحْقَاقِ ، فَتَسَاوَوْا فِيهِ كَسَائِرِ الوَصَايَا . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يُقَدَّمُ العِتْقُ وَيُبدَأُ بِهِ ، فَإِنْ فَضَّلَ مِنْهُ شَيْءٌ ، قُسِمَ بَيْنَ سَائِرِ أَهْلِ الوَصَايَا عَلَى قَدْرِ وَصَايَاهُمْ . رَوَى هَذَا عَنْ عَمْرِو ، وَبِهِ قَالَ ^(١٧) شَرِيعٌ ،

(١١) سقط من : م .

(١٢) هكذا في النسخ . والظاهر أنها : « به » .

(١٣) سقط من : أ .

(١٤) في أ : « في » .

(١٥) في الأصل : « أنه » .

(١٦) في م : « بالعِتْق » .

(١٧) في م : « يقول » .

وَمَسْرُوقٌ ، وَعَطَاءُ الْخُرَّاسَانِي^(٦) ، وَقَتَادَةُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ،
وإِسْحَاقُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، وَحَقًّا لَأَدَمِيٍّ ، فَكَانَ آكَدٌ ، وَلِأَنَّهُ لَا يُلْحَقُهُ فَسْنَخٌ ،
وَيُلْحَقُ غَيْرُهُ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ أَقْوَى بِدَلِيلِ سِرَايَتِهِ وَتَفْوِذِهِ مِنَ الرَّاهِنِ وَالْمُفْلِسِ . وَرَوَى
عَنِ الْحَسَنِ ، وَالشَّافِعِيِّ كَالرَّوَايَتَيْنِ .

فصل : والعطايا المعلقة بالموت ، كَقَوْلِهِ : إِذَا مِتُّ فَأَعْطُوا فُلَانًا كَذَا . أَوْ أَعْتَقُوا
فُلَانًا . وَنَحْوَهُ ، وَصَايَا حُكْمُهَا خُكْمُ غَيْرِهَا مِنَ الْوَصَايَا / فِي التَّسْوِيَةِ بَيْنَ مُقَدِّمِهَا
وَمُؤَخَّرِهَا . وَالْخِلَافُ فِي تَقْدِيمِ الْعِتْقِ مِنْهَا ، بِخِلَافِ الْعَطَايَا الْمُتَجَزِّةِ ، فَإِنَّهُ يُقَدِّمُ
الْأَوَّلَ مِنْهَا فَالْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُا تُلْزَمُ بِالْفِعْلِ ، وَالْمُؤَخَّرَةُ تُلْزَمُ بِالْمَوْتِ ، فَتَسَاوَى كُلُّهَا .

ط ٧٨/٦

فصل : وَإِذَا أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدِهِ ، لَزِمَ الْوَارِثُ إِعْتَاقَهُ . فَإِنْ أَبَى أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ ؛
لِأَنَّهُ حَقٌّ وَاجِبٌ^(٧) عَلَيْهِ ، فَأُجْبِرَ عَلَيْهِ ، كَتَنْفِيزِ الْوَصِيَّةِ بِالْعَطِيَّةِ ، فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْوَارِثُ
أَوْ الْحَاكِمُ ، فَهُوَ خَرٌّ مِنْ حِينِ أَعْتَقَهُ ؛ لِأَنَّهُ حَيْثُ عَتَقَ ، وَوَلَاؤُهُ لِلْمُوصِي ؛ لِأَنَّهُ
السَّبَبُ ، وَهَؤُلَاءِ نَوَاطِبُ عَنْهُ ، وَلِهَذَا لَزِمَهُمْ إِعْتَاقُهُ كُرْهًا . وَإِنْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِعِتْقِهِ إِلَى
غَيْرِ الْوَارِثِ ، كَانَ الْإِعْتَاقُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبُ الْمُوصِي فِي إِعْتَاقِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ غَيْرُهُ
إِذَا لَمْ يَمْتَنِعْ مِنْهُ ، كَالْوَكِيلِ فِي الْحَيَاةِ .

٩٩٣ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَمَنْ أَوْصَى بِفَرَسٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَأَلْفَ دِرْهَمٍ تُنْفَقُ
عَلَيْهِ ، فَمَاتَ الْفَرَسُ ، كَانَتْ الْأَلْفُ لِلْوَرِثَةِ . وَإِنْ^(٨) أُنْفِقَ بَعْضُهَا ، رُدَّ الْبَاقِي إِلَى
الْوَرِثَةِ)

إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنٌ لِلْوَصِيَّةِ جِهَةً ، فَإِذَا فَاتَتْ ، عَادَ الْمُوصِي لَهُ إِلَى الْوَرِثَةِ ،

(٦) في م : « والخراساني » . وهو عطاء بن أبي مسلم الخراساني ، فقيه خراسان ، جَوَّالٌ ، توفى سنة خمس وثلاثين
ومائة . طبقات الفقهاء للشيرازي ٩٣ . العبر ١٨٢/١ .

(٧) في م : « وجب » .

(٨) في ١ : « وكذلك إن » .

كما لو أوصى بشراء عبد زيد يعتق ، فمات العبد ، أو لم يبعه سيده . وإن أنفق بعض الدراهم ، ثم مات الفرس ، بطلت الوصية في الباقي ، كما لو وصى بشراء عبدین ، فمات أحدهما قبل شرائه . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل أوصى بألف درهم في السبيل ، أي جعل في الحج منها شيء^(٢) ؟ فقال : لا ، إنما يعرف الناس السبيل الغزو .

فصل : وإذا قال : يخدم عبي فلان سنة ، ثم هو حر . صححت الوصية ، فإن قال الموصي له بالخدمة : لا أقبل الوصية . أو قال : قد وهبت الخدمة له . لم يعتق في الحال . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : إن وهب الخدمة للعبد ، عتق في الحال . ولنا ، أنه أوقع العتق بعد مضي السنة ، فلم يقع قبله ، كما لو رد الوصية .

فصل : وإذا أوصى / لعنه بثلث ماله ، ولخاله بعشره ، فردت وصيتهما ، فتحاصبا في الثلث ، فأصاب الخال ستة ، فاضرب الذي أصابه في وصيته ، وذلك ستة في عشرة ، تكن ستين ، وأقسمه على الفاضل بينهما ، يخرج بالقسم خمسة عشر ، فهي الثلث . وإن شئت قلت : قد أصاب الخال ثلاثة أخماس وصيته^(٣) ، يبقى من الثلث خمساه ، وهي تعدل ما أصاب الخال ، فرد على ما أصاب الخال مثل نصفه ، وهو ثلثه ، يصير تسعة ، فهي^(٤) الذي^(٥) أصاب العم . وإن قال : أصاب العم الربع ، فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته ، وبقي من الثلث نصف سدس ، يعدل ثلاثة أرباع وصية الخال ، وذلك سبعة ونصف ، وللعم ثلاثة أمثالها ، اثنان وعشرون ونصف ، والمال كله تسعون . وإن قال : أصاب الخال خمس المال ، فقد بقي من الثلث خمساه للعم ، فيكون الحاصل للخال خمسا وصيته أيضا . وذلك أربعة دنانير ،

(٢) سقط من : ١ .

(٣) في زيادة : « يجب أن يصيب العم بثلاثة أخماس وصيته » .

(٤) في الأصل : « فهو » .

(٥) في ١ ، م : « للذي » .

وَصِيَّةُ الْعَمِّ مِثْلُ ثُلُثَيْهَا ، دِينَارَانِ وَثُلُثَانِ ، وَالثُّلُثُ كُلُّهُ سِتَّةٌ وَثُلُثَانِ ، وَالْمَالُ كُلُّهُ ^(٦) عَشْرُونَ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا وَصِيَّةٌ بِسُدْسِ الْمَالِ ، وَأَصَابَ الْخَالَ سِتَّةٌ ، فَهِيَ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسٍ وَصِيَّتِهِ ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرِينَ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسٍ وَصِيَّتِهِ ، وَذَلِكَ تِسْعَةُ أَعْشَارِ الثُّلُثِ ، يَبْقَى مِنْهُ عَشْرٌ ^(٧) تُعَدُّ مَا حَصَلَ لِلْعَمِّ ^(٨) وَهُوَ سِتَّةٌ ، وَالثُّلُثُ سِتُّونَ . وَإِنْ أَصَابَ صَاحِبَ السُّدُسِ عَشْرَ الْمَالِ ، فَقَدْ أَصَابَ صَاحِبَ الثُّلُثِ خَمْسَهُ ، يَبْقَى مِنَ الثُّلُثِ أَيْضًا عَشْرُهُ ، فَهُوَ وَصِيَّةُ الْخَالَ ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسٍ وَصِيَّتِهِ سِتَّةٌ ، فَيَكُونُ الثُّلُثُ سِتِّينَ كَمَا ذَكَرْنَا . نَوْعٌ آخَرُ ، خَلْفَ ثَلَاثَةِ بَيْنَيْنِ ، وَوَصَّى لِعَمِّهِ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِلَّا ثُلُثَ وَصِيَّةِ خَالِهِ ، وَلِخَالِهِ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِلَّا رُبْعَ وَصِيَّةِ عَمِّهِ ، فَاضْرِبْ مَخْرَجَ الثُّلُثِ فِي مَخْرَجِ الرَّبْعِ ، يَكُنْ اثْنَتَيْ عَشَرَ ، انْقُصْهَا سَهْمًا ، يَبْقَى أَحَدُ عَشَرَ ، فَهِيَ نَصِيبُ ابْنِ ، انْقُصْهَا سَهْمَيْنِ ، يَبْقَى تِسْعَةٌ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْخَالَ . وَإِنْ نَقَصْتَهَا / ثَلَاثَةً ، بَقِيَ ثَمَانِيَةٌ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ . وَبِالْجَبْرِ تَجْعَلُ مَعَ الْعَمِّ أَرْبَعَةَ دَرَاهِمَ ، وَمَعَ الْخَالَ ثَلَاثَةَ دَنَانِيرَ ، ثُمَّ تَزِيدُ عَلَى الدَّرَاهِمِ دِينَارًا ، وَعَلَى الدَّنَانِيرِ دِرْهَمًا ، يَبْلُغُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبًا ، أَجْبَرُ ، وَقَابِلُ ، وَأَسْقِطُ الْمُشْتَرَكِ ، يَبْقَى مَعَكَ دِينَارَانِ ، تُعَدُّ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ ، فَاقْلِبْ وَحَوِّلْ ، تَصِيرُ الدَّرَاهِمُ ثَمَانِيَةً ، وَالدَّنَانِيرُ تِسْعَةً ، كَمَا قُلْنَا . وَإِنْ أَوْصَى لِعَمِّهِ بِعَشْرَةٍ إِلَّا رُبْعَ وَصِيَّةِ خَالِهِ ، وَلِخَالِهِ بِعَشْرَةٍ إِلَّا خُمْسَ وَصِيَّةِ عَمِّهِ ، فَاضْرِبْ مَخْرَجَ الرَّبْعِ فِي مَخْرَجِ الْخُمْسِ ، يَكُنْ عَشْرِينَ ، انْقُصْهَا سَهْمًا ، تَكُنْ تِسْعَةُ عَشَرَ ، فَهِيَ الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ اجْعَلْ مَعَ الْخَالَ أَرْبَعَةً ، وَانْقُصْهَا سَهْمًا ، يَبْقَى ثَلَاثَةٌ ، اضْرِبْهَا فِي الْعَشْرَةِ ، ثُمَّ فِيمَا مَعَ الْعَمِّ ، وَهُوَ خَمْسَةٌ ، يَكُنْ مِائَةً وَخَمْسِينَ ، اقسِمْهَا عَلَى تِسْعَةِ عَشَرَ ، يَخْرُجُ سَبْعَةٌ وَسَبْعَةُ عَشَرَ جُزْءًا مِنْ تِسْعَةِ عَشَرَ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ عَمِّهِ ، وَاجْعَلْ مَعَ

ظ ٧٩/٦

(٦) سقط من : الأصل ، ا .

(٧) في م : عشرة .

(٨) في ا : : للخال .

الْعَمَّ خَمْسَةً ، وَانْقَصَهَا سَهْمًا ، وَاضْرِبْهَا فِي عَشْرَةٍ ، ثُمَّ فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَسِتِّينَ ،
وَاقْسِمِهَا ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً وَثَمَانِيَةً أَجْزَاءً ، فَهِيَ وَصِيَّةُ خَالِهِ . طَرِيقٌ آخَرُ ، تَنْقُصُ مِنَ
الْعَشْرَةِ رُبْعَهَا ، وَتَضْرِبُ الْبَاقِي فِي الْعِشْرِينَ ، ثُمَّ تَقْسِمُهَا عَلَى تِسْعَةِ عَشَرَ ، وَتَنْقُصُ
مِنْهَا خُمُسَهَا ، وَتَضْرِبُ الْبَاقِي فِي عِشْرِينَ ، وَتَقْسِمُهَا ، وَبِالْجَبْرِ ، تَجْعَلُ وَصِيَّةَ الْخَالِ
شَيْئًا^(٩) ، وَوَصِيَّةَ الْعَمِّ عَشْرَةَ إِلَّا رُبْعَ شَيْءٍ ، فَخُذْ خُمُسَهَا ، فَرِّدْهُ عَلَى الشَّيْءِ ، وَهُوَ
سَهْمَانِ إِلَّا نِصْفَ عَشْرِ شَيْءٍ ، يُعْدَلُ عَشْرَةً ، فَاسْقِطِ الْمُشْتَرَكَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، تَصِرُ
ثَمَانِيَةً وَثَمَانِيَةً أَجْزَاءً ، مِنْ تِسْعَةِ عَشَرَ ، إِذَا اسْقَطْتَ رُبْعَهَا مِنَ الْعَشْرَةِ ، بَقِيََتْ سَبْعَةٌ
وَسَبْعَةُ عَشَرَ جُزْأً . وَإِنْ وَصَّى لِعَمِّهِ بِعَشْرَةٍ إِلَّا نِصْفَ وَصِيَّةِ خَالِهِ ، وَلِخَالِهِ بِعَشْرَةٍ
إِلَّا ثُلُثَ وَصِيَّةِ جَدِّهِ ، وَلِجَدِّهِ بِعَشْرَةٍ إِلَّا رُبْعَ وَصِيَّةِ عَمِّهِ ، فَوَصِيَّةُ عَمِّهِ سِتَّةٌ وَخُمُسَانِ ،
وَوَصِيَّةُ خَالِهِ سَبْعَةٌ وَخُمُسٌ ، وَوَصِيَّةُ جَدِّهِ ثَمَانِيَةٌ وَخُمُسَانِ ، وَبِأَبَا أَنْ تَضْرِبَ
الْمَحَارِجَ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ ، فَتَضْرِبُ اثْنَيْنِ فِي ثَلَاثَةٍ ، فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ / أَرْبَعَةٌ
وَعِشْرِينَ ، تَزِيدُهَا وَاحِدًا تَكُنْ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ ، فَهَذَا هُوَ الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَنْقُصُ
مِنِ الْاِثْنَيْنِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُ وَاحِدًا فِي ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ تَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ،
تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، ثُمَّ اضْرِبْهَا فِي عَشْرَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَسِتِّينَ ، وَاقْسِمِهَا عَلَى خَمْسَةٍ
وَعِشْرِينَ يَخْرُجُ بِالْقِسْمِ سِتَّةٌ وَخُمُسَانِ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، وَانْقُصِ الثَّلَاثَةَ وَاحِدًا
يَبْقَى اِثْنَانِ ، وَاضْرِبْهَا فِي الْأَرْبَعَةِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً ، زِدْهَا وَاحِدًا ، وَاضْرِبْهَا فِي اِثْنَيْنِ ،
ثُمَّ فِي عَشْرَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَثَمَانِينَ ، وَاقْسِمِهَا عَلَى خَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ ، ثُمَّ انْقُصْ مِنَ الْأَرْبَعَةِ
وَاحِدًا ، وَاضْرِبْ ثَلَاثَةً فِي اِثْنَيْنِ ، ثُمَّ زِدْهَا وَاحِدًا تَكُنْ سَبْعَةً ، اضْرِبْهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ
فِي عَشْرَةٍ ، تَكُنْ مِائَتَيْنِ وَعَشْرَةً ، مَقْسُومَةٌ عَلَى خَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ . طَرِيقٌ آخَرُ ، تَجْعَلُ
مَعَ الْعَمِّ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، وَمَعَ الْخَالِ دِينَارَيْنِ ، وَمَعَ الْجَدِّ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ ، ثُمَّ تَضُمُّ إِلَى مَا
مَعَ الْعَمِّ دِينَارًا ، وَإِلَى^(١٠) مَا مَعَ الْخَالِ دِرْهَمًا ، وَتُقَابِلُ مَا مَعَ أَحَدِهِمَا بِمَا مَعَ الْآخَرِ ،
وَتُسْقِطُ الْمُشْتَرَكَ ، فَيَصِيرُ أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ ، تُعْدَلُ دِينَارًا وَدِرْهَمًا ، فَاسْقِطْ لِقِطَّةَ

و ٨٠/٦

(٩) فِي م : سِتَّةٌ .

(١٠) فِي م : أَوَّلَى .

الأشياء ، وَاجْعَلْ مَكَانَهَا دِينَارًا وَدِرْهَمًا^(١١) ، ثُمَّ قَابِلْ مَا مَعَ الْخَالِ بِمَا مَعَ الْجَدِّ بَعْدَ الزِّيَادَةِ ، وَهُوَ دِينَارَانِ ، وَدِرْهَمٌ مَعَ الْخَالِ ، لِثَلَاثَةِ^(١٢) دَرَاهِمٍ وَرُبْعُ دِرْهَمٍ ، وَرُبْعُ دِينَارٍ مَعَ الْجَدِّ ، فَإِذَا أَسْقَطْتَ الْمُشْتَرَكَ بَقِيَ دِرْهَمَانِ وَرُبْعٌ ، مُعَادِلَةٌ لِدِينَارٍ^(١٣) ؛ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ، فَابْسُطِ الْكُلَّ أَرْبَاعًا ، تَصِيرُ سَبْعَةُ أَرْبَاعٍ مِنَ الدِّينَارِ ، تُعْدِلُ تِسْعَةً مِنَ الدَّرَاهِمِ ، فَاقْلِبْ ، وَاجْعَلِ^(١٤) الدَّرْهَمَ^(١٥) سَبْعَةً ، وَالدِّينَارَ تِسْعَةً ، ثُمَّ ارْجِعْ إِلَى مَا فَرَضْتَ ، فَتَجِدُ مَعَ الْعَمِّ دِرْهَمًا وَدِينَارًا بِسِتَّةِ عَشَرَ ، وَمَعَ الْخَالِ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، وَمَعَ الْجَدِّ أَحَدًا وَعِشْرُونَ ، وَالْعَشْرَةَ الْكَامِلَةَ خُمْسٌ وَعِشْرُونَ ، وَالسَّتَّةَ عَشَرَ مِنْهَا سِتَّةٌ وَخُمْسَانِ ، وَالْثَمَانِيَةَ عَشَرَ سَبْعَةً وَخُمْسٌ ، وَالْأَحَدَ وَعِشْرُونَ ثَمَانِيَةً وَخُمْسَانِ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ آخٌ ، / وَوَصِيَّةُ الْجَدِّ عَشْرَةَ الْأَرْبَعِ مَا مَعَ الْآخِرِ ، وَوَصِيَّةُ الْآخِرِ عَشْرَةَ إِلَّا خُمْسَ مَا مَعَ الْعَمِّ ، فِيهِذِهِ الطَّرِيقُ تَجْعَلُ مَعَ الْعَمِّ خُمْسَةَ أَشْيَاءَ ، وَمَعَ الْخَالِ دِينَارَيْنِ ، وَمَعَ الْجَدِّ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمٍ ، وَمَعَ الْآخِرِ أَرْبَعَةَ أَفْلُسٍ ، ثُمَّ تُقَابِلُ مَا مَعَ الْعَمِّ بِمَا مَعَ الْخَالِ كَمَا ذَكَرْنَا ، وَتَجْعَلُ الْأَشْيَاءَ دِينَارًا وَدِرْهَمًا ، ثُمَّ تُقَابِلُ مَا مَعَ الْخَالِ بِمَا مَعَ الْجَدِّ ، فَتَجْعَلُ الدِّينَارَيْنِ دِرْهَمَيْنِ وَفِلْسًا ، ثُمَّ تُقَابِلُ مَا مَعَ الْجَدِّ بِمَا مَعَ الْآخِرِ ، فَتُخْرِجُ الْفِلْسَ سِتَّةَ وَعِشْرِينَ ، وَالذَّرْهَمَ أَحَدًا وَثَلَاثِينَ ، وَالدِّينَارَ أَرْبَعَةً وَأَرْبَعِينَ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ مَا^(١٦) مَعَ الْعَمِّ خُمْسَةَ وَسَبْعُونَ^(١٧) ، وَمَعَ الْخَالِ ثَمَانِيَةَ وَثَمَانُونَ^(١٨) ، وَمَعَ الْجَدِّ ثَلَاثَةً وَتِسْعُونَ ، وَمَعَ الْآخِرِ مِائَةً وَأَرْبَعَةً ، إِذَا زِدْتَ عَلَى مَا مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مَا اسْتَنْتَيْتُهُ مِنْهُ ، صَارَ مَعَهُ

٨٠/٦ ظ

(١١) في م : « أودرهما » .

(١٢) في م : « ثلاثة » .

(١٣) في أ ، م : « للدِّينَارِ » .

(١٤) في أ : « وحول » .

(١٥) في م : « الدراهم » .

(١٦) سقط من : الأصل ، م .

(١٧) في النسخ : « وسبعين » .

(١٨) في م : « وثمانين » .

مِائَةً وَتِسْعَ عَشْرَةَ ، وَهِيَ الْعَشْرَةُ الْكَامِلَةُ ، فَصَارَتْ وَصِيَّةُ الْعَمِّ سِتَّةً وَسِتَّةً وَثَلَاثِينَ جُزْءًا ، وَوَصِيَّةُ الْخَالِ سَبْعَةً وَسَبْعَةً وَأَرْبَعِينَ جُزْءًا ، وَوَصِيَّةُ الْجَدِّ سَبْعَةً وَسَبْعَةً وَتِسْعِينَ جُزْءًا ، وَوَصِيَّةُ الْأَخِ ثَمَانِيَةً وَثَمَانِيَةً وَثَمَانِينَ جُزْءًا . وَبِطَرِيقِ الْبَابِ ، تَضْرِبُ الْمَخَارِجُ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَعَشْرِينَ ، تَنْقُصُهَا وَاحِدًا ، يَبْقَى مِائَةً وَتِسْعَةَ عَشَرَ ، فَهَذَا الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَنْقُصُ الْاِثْنَيْنِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ تَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ سِتَّةً عَشَرَ ، تَنْقُصُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي خَمْسَةٍ ، تَكُنْ خَمْسَةً وَسَبْعِينَ ، فَهَذِهِ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، تَضْرِبُهَا فِي عَشْرَةٍ ، ثُمَّ تَقْسِمُهَا عَلَى تِسْعَةِ عَشَرَ ، تَكُنْ سِتَّةً^(١٩) وَثَلَاثِينَ جُزْءًا ، ثُمَّ تَنْقُصُ الثَّلَاثَةَ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، وَتَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي خَمْسَةٍ ، تَكُنْ خَمْسَةً وَأَرْبَعِينَ ، تَنْقُصُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي اِثْنَيْنِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً وَثَمَانِينَ ، فَهَذِهِ وَصِيَّةُ الْخَالِ ، ثُمَّ تَنْقُصُ الْأَرْبَعَةَ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي خَمْسَةٍ^(٢٠) ، تَكُنْ خَمْسَةَ عَشَرَ ، وَتَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي اِثْنَيْنِ وَثَلَاثِينَ ، تَنْقُصُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ ثَلَاثَةً / وَتِسْعِينَ ، فَهَذِهِ وَصِيَّةُ الْجَدِّ ، ثُمَّ تَنْقُصُ الْخَمْسَةَ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي اِثْنَيْنِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً ، تَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ سَبْعَةً وَعَشْرِينَ ، تَنْقُصُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَأَرْبَعَةً ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْأَخِ^(٢١) . وَفِي ذَلِكَ تَضْرِبُ الْعَدَدَ الَّذِي مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، وَتَقْسِمُهُ عَلَى تِسْعَةِ عَشَرَ ، فَالْمَخَارِجُ بِالْقِسْمِ هُوَ وَصِيَّتُهُ ، وَلَوْ وَصَّى لِعَمِّهِ بِعَشْرَةٍ وَنُصِفَ وَصِيَّةُ خَالِهِ ، وَلِخَالِهِ بِعَشْرَةٍ وَثُلُثَ وَصِيَّةُ عَمِّهِ ، كَانَتْ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ثَمَانِيَةً عَشَرَ ، وَوَصِيَّةُ الْخَالِ سِتَّةً عَشَرَ ، وَبَابُهَا أَنْ تَضْرِبَ أَحَدَ الْمَخْرَجَيْنِ فِي الْآخَرِ ، وَتَنْقُصَهُ^(٢٢) وَاحِدًا ، فَهُوَ الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَزِيدُ

و ٨١/٦

(١٩) فِي الْأَصْلِ ، أَزْيَادَةً : « وَ سِتَّة » .

(٢٠) فِي ١ : « الْخَمْسَةُ » .

(٢١) فِي أَزْيَادَةً : « كُلَّهُ » .

(٢٢) فِي ٢ : « وَانْقُصَهُ » .

مَخْرَجِ النِّصْفِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهُ فِي مَخْرَجِ الثُّلُثِ ، ثُمَّ فِي عَشْرَةٍ ، تُكُنُّ تِسْعِينَ ، مَقْسُومَةً عَلَى (٢٣) خَمْسَةَ عَشَرَ (٢٣) ، تُكُنُّ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، ثُمَّ تَزِيدُ مَخْرَجَ الثُّلُثِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهُ فِي مَخْرَجِ النِّصْفِ ، ثُمَّ فِي عَشْرَةٍ ، تُكُنُّ ثَمَانِينَ ، مَقْسُومَةً عَلَى خَمْسَةٍ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا آخَرُ ، وَوَصَّى لِلْخَالِ بِعَشْرَةٍ وَرُبْعٍ وَصِيَّتِهِ ، وَوَصَّى لَهُ بِعَشْرَةٍ وَرُبْعٍ وَصِيَّتِهِ الْعَمُّ ، ضَرَبْتَ الْمَخَارِجَ ، وَنَقَصْتَهَا وَاحِدًا ، تُكُنُّ ثَلَاثَةً وَعِشْرِينَ ، فَهِيَ الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَزِيدُ الْاِثْنَيْنِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ تُكُنُّ تِسْعَةً ، فَرِذْهَا وَاحِدًا ، وَاضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تُكُنُّ أَرْبَعِينَ ، ثُمَّ (٢٤) فِي عَشْرَةٍ ، ثُمَّ اقْسِمِهَا تَخْرُجُ سَبْعَةَ عَشَرَ ، وَتِسْعَةَ أَجْزَاءٍ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، ثُمَّ تَصْنَعُ فِي الْبَاقِيَيْنِ كَمَا ذَكَرْنَا ، فَتَكُونُ وَصِيَّةُ الْخَالِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ وَثَمَانِيَةَ عَشَرَ جُزْءًا ، وَوَصِيَّةُ الثَّالِثِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ وَثَمَانِيَةَ أَجْزَاءٍ ، وَإِنْ شِئْتَ بَعْدَ مَا عَمِلْتَ وَصِيَّةَ الْعَمِّ ، فَاضْرِبِ الزَّائِدِينَ وَصِيَّتِهِ فِي اِثْنَيْنِ ، فَهُوَ وَصِيَّةُ الْخَالِ ، وَاضْرِبِ الزَّائِدَ عَنِ الْعَشْرَةِ مِنْ وَصِيَّةِ الْخَالِ فِي ثَلَاثَةٍ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، وَتَمَّتْ عَرَفَتَ مَا مَعَ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، أَمْكَتَكَ مَعْرِفَةُ مَا مَعَ الْآخَرِينَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَهَذَا الْقَدْرُ مِنْ هَذَا الْفَنِّ يَكْفِي ، فَإِنَّ الْحَاجَةَ إِلَيْهِ قَلِيلَةٌ ، وَقُرُوعُهُ كَثِيرَةٌ طَوِيلَةٌ ، / وَغَيْرُهَا أَهَمُّ مِنْهَا ، وَاللَّهُ تَعَالَى يُوفِّقُنَا لِمَا يَرْضَاهُ ، (٢٣) إِنَّهُ عَلَى مَا يَشَاءُ قَدِيرٌ (٢٣) .

٨١/٦ ظ

(٢٣ - ٢٣) سقط من : الأصل ، ١ .

(٢٤) سقط من : م .

فهرس

الجزء الثامن

كتاب الإجازات

فصل : اشتقاق الإجارة من الأجر، وهو

٦

العوض .

٧

فصل : هى نوع من البيع .

٧

فصل : لا تصح إلا من جائز التصرف .

٨٩١ - مسألة : (وإذا وقعت الإجارة على مدة معلومة ،

بأجرة معلومة ، فقد ملك المستأجر المنافع ،

وملكت عليه الأجرة كاملة ، فى وقت

٧ - ٢٠

العقد ، إلا أن يشترط أجلا)

فصل : لا يشترط فى مدة الإجارة أن تلى

٩ ، ١٠

العقد .

١١ ، ١٠

فصل : لا تتقدر أكثر مدة الإجارة .

فصل : الإجارة على ضربين ؛ أحدهما ، أن

يعقدها على مدة . والثانى ، أن يعقدها

١١ ، ١٢

على عمل معلوم .

فصل : من اكترى دابة إلى العشاء ، فأخر

١٢ ، ١٣

المدة إلى غروب الشمس .

فصل : إن اكترى فسطاطا إلى مكة ، ولم

١٣ ، ١٤

يقبل متى أخرج ، فالكراء فاسد .

فصل : الحكم الثالث ، أنه يشترط فى عوض

١٤

الإجارة كونه معلوما .

فصل : كل ما جاز ثمننا فى البيع ، جاز عوضا

١٤ ، ١٥

فى الإجارة .

- فصل : لو استأجر رجلا ليسلخ له بهيمة
بجلدها . لم يجز . ١٥
- فصل : لو استأجر راعيا لغنم بثلاث درهما
و... ، أو نصفه ، أو جميعه ، لم يجز . ١٦ ، ١٥
- فصل : الحكم الرابع ، أن الإجارة إذا تمت ،
وكانت على مدة ، ملك المستأجر
المنافع المعقود عليها إلى المدة . ١٧ ، ١٦
- فصل : الحكم الخامس ، أن المؤجر يملك
الأجرة بمجرد العقد ، إذا أطلق ولم
يشترط المستأجر أجلا . ١٧ - ١٩
- فصل : الحكم السادس ، أنه إذا شرط تأجيل
الأجر ، فهو إلى أجله . ١٩
- فصل : إذا استوفى المستأجر المنافع ، استقر
الأجر . ٢٠ ، ١٩
- ٨٩٢ - مسألة : (وإذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء
معلوم ، لم يكن لواحد منهما الفسخ ، إلا
عند تقضى كل شهر) ٢٠ - ٢٣
- فصل : إذا قال : أجرتك داري عشرين
شهرا ، كل شهر بدرهم . جاز . ٢٢
- فصل : الإجارة عقد لازم من الطرفين ، ليس
لواحد منهما فسخها . ٢٣ ، ٢٢
- ٨٩٣ - مسألة : (ومن استأجر عقارا مدة بعينها ، فبداله قبل
تقضيها ، فقد لزمته الأجرة كاملة) ٢٣ - ٢٥
- فصل : لا خلاف بين أهل العلم في إباحة
إجارة العقار . ٢٤ ، ٢٣
- فصل : كره أحمد كراء الحمام . ٢٥ ، ٢٤

- ٨٩٤ - مسألة : (ولا يتصرف مالك العقار فيه إلا عند تقضى المدة)
٢٦ ، ٢٥
- ٨٩٥ - مسألة : (فإن حوله المالك قبل تقضى المدة ، لم يكن له أجر لما سكن)
٢٧ ، ٢٦
- فصل : إذا هرب الأجير ، ... لم تنفسخ الإجارة .
٢٧
- ٨٩٦ - مسألة : (فإن جاء أمر غالب ، يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد ، لزمه من الأجر بمقدار مدة انتفاعه)
٢٧ - ٣٤
- فصل : القسم الثانى ، أن يحدث على العين ما يمنع نفعها ، ... فهذه ينظر فيها ؛ ...
٣٠ ، ٢٩
- فصل : القسم الثالث ، أن تغصب العين المستأجرة ، فللمستأجر الفسخ .
٣١ ، ٣٠
- فصل : القسم الرابع ، أن يتعذر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها .
٣١
- فصل : القسم الخامس ، أن يحدث خوف عام ، ... فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ .
٣٢ ، ٣١
- فصل : إذا اكترى عينا ، فوجد بها عيبا لم يكن علم به ، فله فسخ العقد .
٣٣ ، ٣٢
- فصل : وعلى المكترى ما يتمكن به من الانتفاع .
٣٤ ، ٣٣
- فصل : إن شرط على مكترى الحمام ، أو غيره ، أن مدة تعطيله عليه ، لم يجز .
٣٤
- فصل : إن شرط الإنفاق على العين النفقة الواجبة على المكترى ، ... إذا شرطها

- ٣٤ على المكترى فالشرط فاسد .
- ٨٩٧ - مسألة : (ومن استأجر لعمل شيء بعينه ، فمرض ، أقيم مقامه من عمله ، والأجرة على المريض) ٣٥ - ٤٣
- فصل : يجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار والقنى . ٣٦ ، ٣٧
- فصل : يجوز الاستئجار لضرب اللبن . ٣٧ ، ٣٨
- فصل : يجوز الاستئجار للبناء . ٣٨
- فصل : يجوز الاستئجار لتطين السطوح والحيطان وتخصيصها . ٣٨
- فصل : يجوز استئجار ناسخ لينسخ له كتب فقه أو ... ٣٨ ، ٣٩
- فصل : يجوز أن يستأجر من يكتب له مصحفا . ٣٩
- فصل : يجوز أن يستأجر لحصاد زرعه . ٣٩ ، ٤٠
- فصل : يجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص ، فى النفس وما دونها . ٤٠ ، ٤١
- فصل : يجوز استئجار رجل ليدله على طريق . ٤١
- فصل : يجوز أن يستأجر سمسارا ، يشتري له ثيابا . ٤٢
- فصل : إن استأجره لبيع له ثيابا بعينها ، صح . ٤٢ ، ٤٣
- فصل : يجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر ، بشيء معلوم . ٤٣
- ٨٩٨ - مسألة : (وإذا مات المكبرى والمكترى ، أو أحدهما ، فالإجارة بحالها) ٤٣ - ٥١

- فصل : إن مات المكترى ، ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة ، ...
- ٤٥ ، ٤٤ . الإجارة تنفسخ فيما بقى من المدة .
- فصل : إذا أجر الموقوف عليه الوقف مدة ، فمات في أثنائها ، وانتقل إلى من بعده ففيه وجهان ؛ ...
- ٤٦ ، ٤٥
- فصل : إن أجر الولى الصبى ، أو ماله مدة ، فبلغ في أثنائها ، ... ليس له فسخ الإجارة .
- ٤٧ ، ٤٦
- فصل : إن أجر عبده مدة ، ثم أعتقه في أثنائها ، صح العتق ، ولم يطل عقد الإجارة .
- ٤٨ ، ٤٧
- فصل : إذا أجر عينا ، ثم باعها ، صح البيع .
- ٤٩ ، ٤٨
- فصل : إن اشتراها المستأجر ، صح البيع .
- ٤٩
- فصل : إن ورث المستأجر العين المستأجرة ، فالحكم فيه كما لو اشتراها ، في بطلان الإجارة أو بقائها .
- ٥٠ ، ٤٩
- فصل : إن اشترى المستأجر العين ، ثم وجدها معيبة ، فردها ، فإن قلنا : ...
- ٥٠
- فصل : إذا وقعت الإجارة على عين ، ... فتلفت ، انفسخ العقد بتلفها .
- ٥١ ، ٥٠
- ٨٩٩ - مسألة : (ومن استأجر عقارا ، فله أن يسكنه غيره إذا كان يقوم مقامه)
- ٦٨ - ٥٢
- فصل : إذا اكترى دارا ، جاز إطلاق العقد .
- ٥٣ ، ٥٢
- فصل : إذا اكترى ظهرا ليركبه ، فله أن يركبه مثله .
- ٥٣
- فصل : إن شرط أن لا يستوفى في المنفعة بمثله . فقياس قول أصحابنا صحة العقد ، وبطلان الشرط .
- ٥٤ ، ٥٣

- فصل : يجوز للمستأجر أن يؤجر العين
المستأجرة إذا قبضها . ٥٥ ، ٥٤
- فصل : يجوز للمستأجر إجارة العين ، بمثل
الأجرة وزيادة . ٥٦
- فصل : نقل الأثرم ، عن أحمد ، أنه سأل عن
الرجل يتقبل العمل من الأعمال ،
فيقبله بأقل من ذلك ، أيجوز له
الفضل ؟ قال : ما أدرى . ٥٧ ، ٥٦
- فصل : كل عين استأجرها لمنفعة ، فله أن
يستوفي مثل تلك المنفعة وما دونها في
الضرر . ٥٧
- فصل : إن اكرت دابة ليركبها في مسافة
معلومة ، ... فأراد العدول بها إلى
ناحية أخرى مثلها في القدر أضر
منها ، ... لم يجز . ٥٨
- فصل : يجوز أن يكرت قميصا ليلبسه . ٥٩ ، ٥٨
- فصل : إن استأجر أرضا . صح ... ولا
يصح حتى يرى الأرض . ٥٩ - ٦١
- فصل : إن أكرها للغراس ؛ ففيه ما ذكرنا
من المسائل ، إلا أن له أن يزرعها . ٦١
- فصل : لا تخلو الأرض من قسمين ؛
أحدهما ، أن يكون له ماء دائم ، ...
والثاني ، أن لا يكون لها ماء دائم . ٦١ - ٦٣
- فصل : إن اكرت أرضا غارقة بالماء ، لا
يمكن زرعها قبل انحساره عنها ، ...
فالعقد باطل . ٦٣

- فصل : متى غرق الزرع أو هلك ، ... فلا ضمان على المؤجر ، ولا خيار للمكترى... ٦٣ ، ٦٤
- فصل : إذا استأجر أرضاً للزراعة مدة ، فانقضت ، وفيها زرع لم يبلغ حصاده ، لم يخل من حالين ؛ ... ٦٤ ، ٦٥
- فصل : إذا اكترى الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها ... نظرنا ؛ ... ٦٥ ، ٦٦
- فصل : إذا أجره للغراس سنة ، صح . ٦٦ - ٦٨
- ٩٠٠ - مسألة : (ويجوز أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته) ٦٨ - ٧٢
- فصل : إن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة ، ... جاز . ٧٠
- فصل : إن استغنى الأجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه ، ... لم تسقط نفقته ، وكان له المطالبة بها . ٧٠
- فصل : إذا دفع إليه طعامه ، فأحب الأجير أن يستفضل بعضه لنفسه ، نظرت ؛ ... ٧١
- فصل : إن قدم إليه طعاما ، فذهب أو تلف قبل أكله ، نظرت ؛ ... ٧١
- فصل : إذا دفع إلى رجل ثوبا ، وقال : بعه بكذا ، فما ازددت فهو لك . صح . ٧١ ، ٧٢
- فصل : قال أحمد ، ... : لا بأس أن يحصد الزرع ، ويصرم النخل ، بسدس ما يخرج منه . ٧٢
- ٩٠١ - مسألة : (وكذلك الظئر) ٧٢ - ٧٦

- فصل : يشترط لهذا العقد أربعة شروط ، ... ٧٣
- فصل : اختلف في المعقود عليه في الرضاع ، ... ٧٤
- فصل : على المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها ، ويصلح به ، وللمكترى مطالبته بذلك . ٧٤
- فصل : يجوز للرجل أن يؤجر أمته ، و ... ٧٤ ، ٧٥
- فصل : يجوز للرجل استئجار أمه ، وأخته ، وابنته ، لرضاع ولده ، وكذلك سائر أقاربه . ٧٦ ، ٧٥
- فصل : تنفسخ الإجارة بموت المرضعة . ٧٦
- ٩٠٢ - مسألة : (ويستحب أن تعطى عند الفطام عبدا أو أمة ، كما جاء في الخبر ، إذا كان المسترضع موسرا) ٧٧ ، ٧٦
- ٩٠٣ - مسألة : (ومن اكترى دابة إلى موضع ، فجاوزه ، فعليه الأجرة المذكورة ، وأجرة المثل لما جاوزه ، وإن تلفت فعليه أيضا قيمتها) ٧٧ - ٨٠
- الكلام في هذه المسألة في فصلين : أحدهما : في الأجر الواجب ، وهو المسمى ، وأجر المثل للزائد . ٧٨ ، ٧٧
- الفصل الثاني : في الضمان ، ظاهر كلام الخرق وجوب قيمتها إذا تلفت به . ٧٨ - ٨٠
- فصل : لا يسقط الضمان بردها إلى المسافة . ٨٠
- ٩٠٤ - مسألة : (وكذلك إن اكترى لحمولة شيء ، فزاد عليه) ٨٠ - ٨٤

- فصل : إن اكرى دابة إلى مسافة ، فسلك
 ٨٢ أشق منها ، ... يخرج فيها وجهان .
- فصل : إذا أكره الحمل قفيزين ، فحملهما ،
 فوجدهما ثلاثة ، فإن كان المكترى
 ٨٣ ، ٨٤ تولى الكيل ...
- ٩٠٥ - مسألة : (ولا يجوز أن يكرى مدة غزاته)
 ٨٤
- ٩٠٦ - مسألة : (فإن سمي لكل يوم شيئا معلوما ، فجائز)
 ٨٤ - ٨٩
- فصل : نقل أبو الحارث ، عن أحمد ، في رجل
 استأجر دابة ، في عشرة أيام ، بعشرة
 دراهم ، فإن حبسها أكثر من ذلك ،
 ٨٥ فله بكل يوم درهم ، فهو جائز .
- فصل : إن قال : إن خطت هذا الثوب اليوم
 فلك درهم ، وإن خطته غدا فلك
 ٨٦ نصف درهم ... فيه روايتان ؟ ...
- فصل : إن قال : إن خطته روميا فلك
 درهم ، وإن خطته فارسيا فلك
 ٨٦ ، ٨٧ نصف درهم . ففيها وجهان ؟ ...
- فصل : نقل مهنا ، عن أحمد في من استأجر
 من حمال إلى مصر بأربعين دينارا ،
 ٨٧ فإن نزل دمشق فكراؤه ...
- فصل : في مسائل الصبرة ، وفيها عشرة
 ٨٧ - ٨٩ مسائل ؟ ...
- ٩٠٧ - مسألة : (ومن اكرى إلى مكة ، فلم ير الجمال
 الراكبين والحامل ، والأعطية ، والأوطية ،
 ٨٩ - ٩٧ لم يجز الكراء)
 فصل : إذا كان الكراء إلى مكة ، أو طريق

- لا يكون السير فيه إلى اختيار المتكاريين ، فلا وجه لذكر تقدير السير فيه . ٩١ ، ٩٢
- فصل : إن اشترط حمل زاد مقدر ، كإثارة رطل ، نظرنا ؛ ... ٩٢
- فصل : إذا اكترى جملا ليحج عليه ، فله الركوب عليه إلى مكة ، ومن مكة إلى عرفة ، والخروج عليه إلى منى . ٩٢
- فصل : فيما يلزم المكري والمكترى للركوب . ٩٣
- فصل : إذا كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب والبعير قائم ، ... فعلى الجمال أن يترك الجمال لركوبه ونزوله . ٩٣ ، ٩٤
- فصل : إذا اكترى ظهرا في طريق العادة فيه النزول ... والمكترى امرأة أو ضعيف ، لم يلزمه النزول . ٩٤
- فصل : إن هرب الجمال في بعض الطريق ، أو قبل الدخول فيها ، لم يخل من حالين ؛ ... ٩٤ - ٩٦
- فصل : قال أصحابنا : يصح كراء العقبة . ٩٦ ، ٩٧
- ٩٠٨ - مسألة : (فإن رأى الراكبين ، أو وصفاه ، وذكر الباقي بأرطال معلومة ، فجائز) ٩٧ - ١٠٣
- فصل : يجوز اكتراء الإبل والدواب للحمولة . ٩٨ ، ٩٩
- فصل : يجوز كراء الدابة للعمل . ١٠٠ ، ١٠١
- فصل : يجوز استئجار بهيمة لإدارة الرحي . ١٠١ ، ١٠٢

- فصل : إذا اكترى حيوانا لعمل لم يخلق له ، ... جاز . ١٠٢ ، ١٠٣
- ٩٠٩ - مسألة : (وما حدث في السلعة من يد الصانع ، ضمن) ١٠٣ - ١١٢
- فصل : ذكر القاضى أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه . ١٠٤ ، ١٠٥
- فصل : ذكر القاضى أنه إذا كان المستأجر على حمله عبيدا صغارا أو كبارا ، فلا ضمان على المكارى فيما تلف من سَوِّقه وقوده . ١٠٥ ، ١٠٦
- فصل : فأما الأجير الخاص فهو الذى يستأجر مدة ، فلا ضمان عليه ، ما لم يتعد . ١٠٦
- فصل : إذا استأجر الأجير المشترك أجيرا خاصا ، ... لم يضمنه ... ويضمنه صاحب الدكان . ١٠٧
- فصل : إذا أُلِف الصانع الثوب بعد عمله ، فصاحبه مخير ... ١٠٧
- فصل : إذا دَقع إلى حائك غزلا ، فقال : انسجه لى عشرة أذرع فى عرض ذراع . فنسجه زائدا ... فلا أجر له فى الزيادة . ١٠٧ ، ١٠٨
- فصل : إذا دفع إلى خياط ثوبا ، فقال : إن كان يقطع قميصا فاقطعه . فقال : هو يقطع . وقطعه ، فلم يكف ، فعليه ضمانه . ١٠٨ ، ١٠٩
- فصل : إن أمره أن يقطع الثوب قميص رجل ، فقطعه قميص امرأة ، فعليه

- غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا . ١٠٩
 فصل : إن اختلفا ، ... فالقول قول الخياط
 والصباغ . ١٠٩ - ١١١
 فصل : وكل من استؤجر على عمل في
 عين ، ... فلا يخلو ؛ ... ١١١ ، ١١٢
 ٩١٠ - مسألة : (وإن تلفت من حرز ، فلا ضمان عليه ،
 ولا أجر له فيما عمل فيها) ١١٢ - ١١٦
 فصل : إذا حبس الصانع الثوب بعد
 عمله ، ... فتلف ، ... لزمه
 الضمان . ١١٣
 فصل : إذا أخطأ القصار ، فدفعت الثوب إلى
 غير مالكة ، فعليه ضمانه . ١١٣
 فصل : العين المستأجرة أمانة في يد
 المستأجر . ١١٣ ، ١١٤
 فصل : إن شرط المؤجر على المستأجر ضمان
 العين ، فالشرط فاسد . ١١٤ ، ١١٥
 فصل : إن كانت الإجارة فاسدة ، لم يضمن
 العين أيضا . ١١٥
 فصل : للمستأجر ضرب الدابة بقدر
 ما جرت به العادة . ١١٥ ، ١١٦
 ٩١١ - مسألة : (ولا ضمان على حجام ، ولا ختان ، ولا
 متطبب ، إذا عرف منهم حدق الصنعة ، ولم
 تجن أيديهم) ١١٧ - ١٢٣
 فصل : إن ختن صبيا بغير إذن وليه ...
 فسرت جنائته ، ضمن . ١١٧
 فصل : يجوز الاستعجار على الختان . ١١٧

- فصل : يجوز أن يستأجر حجاما ليحجمه . ١١٨ - ١٢٠
 فصل : أما استئجار الحجام لغير
 الحجامة ، ... فجائز . ١٢٠
 فصل : يجوز أن يستأجر كحالا ليكحل
 عينه . ١٢٠ ، ١٢١
 فصل : إذا استأجره مدة ، فكحله فيها ، فلم
 تبرأ عينه ، استحق الأجر . ١٢١ ، ١٢٢
 فصل : يجوز أن يستأجر طبيا ليداويه . ١٢٢
 فصل : يجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه . ١٢٢ ، ١٢٣
 فصل : من استؤجر على عمل موصوف في
 الذمة ، ... فبذل الأجير نفسه
 للعمل ، فلم يمكنه المستأجر ، لم
 تستقر الأجرة بذلك . ١٢٣
 ٩١٢ - مسألة : (ولا ضمان على الراعى إذا لم يتعد) ١٢٣ - ١٤٥
 فصل : لا يصح العقد فى الرعى إلا على مدة
 معلومة . ١٢٤ ، ١٢٥
 فصل : فيما تجوز إجارته . ١٢٥ ، ١٢٦
 فصل : تجوز إجارة الدراهم والدنانير ،
 للوزن والتحلى ، فى مدة معلومة . ١٢٦ ، ١٢٧
 فصل : يجوز أن يستأجر شجرا ونخيلا ،
 ليحفف عليها الثياب ، أو يسطها
 عليها ليستظل بظلها . ١٢٧ ، ١٢٨
 فصل : يجوز استئجار غنم لتدوس له طينا أو
 زراعا . ١٢٨
 فصل : يجوز استئجار ما يبقى من الطيب
 و ... ، لتشمه المرضى وغيرهم مدة ،

- ثم يردده . ١٢٨
- فصل : تجوز إجارة الحائط ، ليضع عليها
١٢٨ خشبا معلوما ، مدة معلومة .
- فصل : يجوز استئجار دار يتخذها مسجدا
١٢٨ يصلى فيه .
- فصل : ذكر ابن عقيل ، أنه يجوز استئجار
البئر ، ليستقى منها أياما معلومة . ١٢٩
- فصل : يجوز استئجار الفهد والبازى والصقرا
للصيد ، فى مدة معلومة . ١٢٩
- فصل : ما لا تجوز إجارته أقسام :
أحدها : ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه . ١٢٩ ، ١٣٠
- فصل : لا تجوز إجارة الفحل للضراب . ١٣٠ ، ١٣١
- فصل : القسم الثانى ، ما منفعته محرمة . ١٣١ ، ١٣٢
- فصل : يكره أن يؤجر نفسه لكسح الكنف . ١٣٢ ، ١٣٣
- فصل : لا يجوز للرجل إجارة داره لمن
يتخذها كنيسة . ١٣٣
- فصل : القسم الثالث ، ما يحرم بيعه ، إلا الحر
والوقف وأم الولد والمدبر ، فإنه يجوز
إجارتها ، وإن حرم بيعها . ١٣٣ ، ١٣٤
- فصل : فى إجارة المصحف وجهان ؛
أحدهما ، لا تصح إجارته ...
والثانى ، تجوز إجارته . ١٣٤ ، ١٣٥
- فصل : لا تجوز إجارة المسلم للذمى لخدمته . ١٣٥ ، ١٣٦
- فصل : نقل إبراهيم الحرنجى ، عن أحمد ، أنه
سئل عن الرجل يكترى الديك يوقظه
لوقت الصلاة : لا يجوز . ١٣٦

- فصل : القسم الرابع ، القرب التي يختص
 فاعلها بكونه من أهل القربة . ١٣٦ - ١٣٩
- فصل : إن أعطى المعلم شيئا من غير
 شرط ... لا يطالب ، ولا يشارط . ١٤٠ ، ١٤١
- فصل : ما لا يختص فاعله أن يكون من أهل
 القربة ، ... جاز أخذ الأجر عليه . ١٤١
- فصل : إذا اختلفا في قدر الأجر ... تحالفا ،
 ويبدأ يمين الآجر . ١٤١ ، ١٤٢
- فصل : إن اختلفا في المدة ، ... فالقول قول
 المالك . ١٤٢

- فصل : إن اختلفا في التعدي في العين
 المستأجرة ، فالقول قول المستأجر . ١٤٢ ، ١٤٣
- فصل : إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ،
 ليخيطه أو يقصره ، من غير عقد ولا
 شرط ... ففعلا ذلك ، فلهما الأجر . ١٤٣ ، ١٤٤
- فصل : إذا استأجر رجلا ليحمل له كتابا إلى
 مكة أو غيرها ... استحق الأجر
 بحمله في الذهاب والرد . ١٤٤

كتاب إحياء الموات

- ٩١٣ - مسألة : (ومن أحيا أرضا ، لم تملك ، فهي له) ١٤٦ - ١٥٤
- فصل : لا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب
 ودار الإسلام . ١٤٨
- فصل : لا فرق بين المسلم والذمي في
 الإحياء . ١٤٨ ، ١٤٩
- فصل : ما قرب من العامر ، وتعلق

- بمصلحه ، ... فلا يجوز إحياءه . ١٤٩ ، ١٥٠
- فصل : وجميع البلاد فيما ذكرنا سواء ... ١٥٠ ، ١٥١
- فصل : إن تحجر رجل مواتا ... لم يملكها بذلك . ١٥١ - ١٥٣
- فصل : للإمام إقطاع الموات لمن يحييه . ١٥٣ ، ١٥٤
- ٩١٤ - مسألة : (إلا أن تكون أرض ملح أو ماء للمسلمين فيه المنفعة ، فلا يجوز أن ينفرد بها الإنسان) ١٥٤ - ١٧٦
- فصل : أما المعادن الباطنة ، ... لم تملك أيضا بالإحياء . ١٥٦ ، ١٥٧
- فصل : من أحيا أرضا ، فملكها بذلك ، فظهر فيها معدن ، ملكه . ١٥٧
- فصل : لو شرع لإنسان في حفر معدن ، ولم يصل إلى النبل ، صار أحق به . ١٥٧ ، ١٥٨
- فصل : لو كان في الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدنا ظاهرا ... ملك بالإحياء . ١٥٨
- فصل : من ملك معدنا ، فعمل فيه غيره بغير إذنه ، فما حصل منه فهو لمالكة . ولا أجر للغاصب . ١٥٨ ، ١٥٩
- فصل : إذا استأجر رجلا ليحفر له ... صح . ١٥٩
- فصل : من سبق في الموات إلى معدن ... ، فهو أحق بما ينال منه . ١٥٩ ، ١٦٠
- فصل : ما نضب عنه الماء من الجزائر ، لم يملك بالإحياء . ١٦٠ ، ١٦١
- فصل : ما كان من الشوارع والطرق ... فليس لأحد إحياءه . ١٦١ ، ١٦٢

- فصل : فى القطائع ، وهى ضربان ؛ ... ١٦٢ - ١٦٤
- فصل : ليس للإمام إقطاع ما لا يجوز إحياءه
من المعادن الظاهرة . ١٦٤ ، ١٦٥
- فصل : لا ينبغي أن يقطع الإمام أحدا من
الموات ، إلا ما يمكنه إحياءه . ١٦٥
- فصل : فى الحمى . ١٦٥ - ١٦٧
- فصل : ما حماه النبى ﷺ ، فليس لأحد
نقضه . ١٦٧
- فصل : فى أحكام المياه ... إما ... جاريا أو
واقفا ، فإن كان جاريا فهو ضربان ؛
أحدهما ... ١٦٧ - ١٧٠
- فصل : الضرب الثانى ، الماء الجارى فى نهر
مملوك ، وهو أيضا قسمان ؛ ... ١٧٠ - ١٧٢
- فصل : إذا حصل نصيب لإنسان فى ساقيته .
فله أن يسقى به ما شاء من الأرض . ١٧٢ ، ١٧٣
- فصل : لكل واحد منهم أن يتصرف فى
ساقيته المختصة به . ١٧٣ ، ١٧٤
- فصل : إن قسموا ماء النهر المشترك بالمهاياة ،
جاز . ١٧٤ ، ١٧٥
- فصل : القسم الثانى ، أن يكون منبع الماء
مملوكا . ١٧٥
- فصل : إذا كان النهر أو الساقية مشتركا بين
جماعة ، فإن أرادوا إكراهه ... كان
ذلك عليهم على حسب ملكهم . ١٧٦
- ٩١٥ - مسألة : (وإحياء الأرض أن يحوط عليها حائطا) ١٧٦ - ١٧٨
- ٩١٦ - مسألة : (أو يخفر فيها بئرا ، فيكون له خمس
وعشرون ذراعا حوالها ، وإن سبق إلى بئر

- عادية ، فحريمها خمسون ذراعا) ١٧٨ - ١٨٢
- فصل : لا بد أن يكون البئر فيها ماء . ١٨٠ ، ١٨١
- فصل : إذا كان لإنسان شجرة في موات ،
فله حريمها قدر ما تمتد إليه أغصانها
حواليها . ١٨١
- فصل : من كانت له بئر فيها ماء ، فحفر آخر
قريبا منها بئرا ... فليس له ذلك ١٨١ ، ١٨٢
- ٩١٧ - مسألة : (وسواء في ذلك ما أحياه ، أو سبق إليه
بإذن الإمام ، أو غير إذنه) ١٨٢ - ١٨٦
- فصل : أما ما سبق إليه ، فهو الموات . ١٨٣

كتاب الوقوف والعطايا

- ٩١٨ - مسألة : (ومن وقف في صحة من عقله ويدنه ، على
قوم وأولادهم وعقبهم ثم آخره للمساكين ،
فقد زال ملكه عنه) ١٨٦ - ١٩١
- في هذه المسألة فصول ثلاثة :
- أحدها : أن الوقف إذا صح ، زال به ملك
الواقف عنه . ١٨٦ ، ١٨٧
- الفصل الثاني : أن ظاهر هذا الكلام ، أنه يزول
الملك ، ويلزم الوقف بمجرد اللفظ . ١٨٧
- الفصل الثالث : أنه لا يفتقر إلى القبول من
الموقوف عليه . ١٨٧ ، ١٨٨
- فصل : ينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف
عليهم . ١٨٨ ، ١٨٩
- فصل : ألفاظ الوقف ستة ، ثلاثة صريحة ،
وثلاثة كناية . ١٨٩

- فصل : ظاهر مذهب أحمد أن الوقف يحصل
بالفعل مع القرائن الدالة عليه . ١٩٠ ، ١٩١
- ٩١٩ - مسألة : (ولا يجوز أن يرجع إليه شيء من منافعه) ١٩١
- ٩٢٠ - مسألة : (إلا أن يشترط أن يأكل منه ، فيكون له
مقدار ما يشترط) ١٩١ - ١٩٤
- فصل : إن شرط أن يأكل أهله منه ، صح
الوقف والشرط . ١٩٢
- فصل : إن شرط أن يبيعه متى شاء ، ... لم
يصح الشرط ولا الوقف . ١٩٢ ، ١٩٣
- فصل : إن شرط في الوقف أن يخرج من شاء
من أهل الوقف ، ويدخل من
شاء ... لم يصح . ١٩٣
- فصل : إذا جعل علو داره مسجدا دون
سفلها ، أو ... صح . ١٩٣
- فصل : إن جعل وسط داره مسجدا ، ولم
يذكر الاستطراق ، صح . ١٩٤
- فصل : إذا وقف على نفسه ، ثم على
المساكين ، أو على ولده ، ففيه
روايتان ؛ ... ١٩٤
- ٩٢١ - مسألة : (والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور
والإناث من أولاد البنين بينهم بالسوية ، إلا
أن يكون الواقف فضّل بعضهم) ١٩٤ - ٢٠٧
- في هذه المسألة فصول أربعة :
الأول : أنه إذا وقف على قوم وأولادهم
وعقبهم ونسلهم ، كان الوقف بين
القوم وأولادهم . ١٩٥

فصل : إن قال : وقفت على أولادى ، ثم على
المساكين ... يكون الوقف على
أولاده وأولاد أولاده ، من الأولاد

البنين . ١٩٥ - ١٩٧

فصل : إن رتب فقال : وقفت هذا على
ولدى ، وولد ولدى ، ... فيكون
على ما شرط ، ولا يستحق البطن
الثانى شيئا حتى ينقرض البطن كله . ١٩٧ ، ١٩٨

فصل : إن رتب بعضهم دون بعض ، ...
يشترك مَنْ شرك بينهم بالواو المقتضية
للجمع والتشريك . ١٩٨

فصل : إن قال : وقفت على أولادى ، ثم على
أولاد أولادى ، ... فهو على ما
شرطه . ١٩٨ - ٢٠٠

فصل : إن وقف على بنيه وهم ثلاثة ، ...
فهو على ما شرط . ٢٠٠

فصل : إن كان له ثلاثة بنين فقال : قد وقفت
على ولدى فلان وفلان ، وعلى ولد
ولدى . كان الوقف على الابنين

المسميين ، ... وليس للثالث شيء . ٢٠٠ ، ٢٠١
فصل : من وقف على أولاده أو أولاد غيره ،
وفهم حمل ، لم يستحق شيئا قبل
انفصاله . ٢٠١ ، ٢٠٢

الفصل الثانى : إذا وقف على قوم وأولادهم ...
دخل فى الوقف ولد البنين . ٢٠٢ - ٢٠٥
الفصل الثالث : أنه إذا وقف على أولاد رجل ،

- وأولاد أولاده ، استوى فيه الذكر
والأنثى . ٢٠٥
- الفصل الرابع : أنه إذا فضل بعضهم على بعض ،
فهو على ما قال . ٢٠٦ ، ٢٠٥
- فصل : المستحب أن يقسم الوقف على
أولاده ، على حسب قسمة الله تعالى
الميراث بينهم . ٢٠٧ ، ٢٠٦
- ٩٢٢ - مسألة : (فإذا لم يبق منهم أحد ، رجع إلى المساكين) ٢٠٧ - ٢١٠
فصل : إن وقف على سبيل الله ، أو ابن
السبيل ، ... فهم الذين يستحقون
السهم من الصدقات . ٢٠٩
- فصل : إذا وقف على سبيل الله ، وسبيل
الثواب ، ... يصرف ثلث الوقف إلى
من يصرف إليهم السهم من الزكاة . ٢١٠ ، ٢٠٩
- ٩٢٣ - مسألة : (فإن لم يجعل آخره للمساكين ، ولم يبق ممن
وقف عليه أحد ، رجع إلى ورثة الواقف ،
في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله ، رحمه
الله ، والرواية الأخرى يكون وقفا على
أقرب عصبة الواقف) ٢١٠ - ٢١٥
- فصل : إن لم يكن للواقف أقارب ، ...
صرف إلى الفقراء والمساكين . ٢١٣
- فصل : إن قال : وقفت هذا . وسكت ...
فلا نص فيه . وقال : ... يصح
الوقف . ٢١٣
- فصل : إن وقف على من يجوز الوقف عليه ،
ثم على من لا يجوز ... صح الوقف . ٢١٤

- فصل : إن كان الوقف منقطع الابتداء ...
 ٢١٤ ، ٢١٥ فالوقف باطل .
- فصل : إن كان الوقف صحيح الطرفين ، ...
 ٢١٥ خرج في صحة الوقف وجهان ؛ ...
- ٩٢٤ - مسألة : (ومن وقف في مرضه الذي مات فيه ، أو قال : هو وقف بعد موتي . ولم يخرج من الثلث ، وقف منه بقدر الثلث ، إلا أن تميز الورثة)
 ٢١٥ - ٢٢٠
- فصل : لا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة .
 ٢١٦ ، ٢١٧
- فصل : إن علق انتهاءه على شرط ... لم يصح .
 ٢١٧
- فصل : إن قال : هذا وقف على ولدي سنة ، ثم على المساكين . صح .
 ٢١٧
- فصل : اختلفت الرواية عن أحمد في الوقف في مرضه على بعض ورثته ، فعنه : لا يجوز ذلك .
 ٢١٧ - ٢١٩
- فصل : إن وقف داره ، وهي تخرج من الثلث ، بين ابنه وبنته نصفين ، في مرض موته ، ... يصح الوقف ، ويلزم .
 ٢١٩ ، ٢٢٠
- ٩٢٥ - مسألة : (وإذا خرب الوقف ، ولم يرد شيئا ، بيع ، واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف ، وجعل وقفا كالأول ، وكذلك الفرس الحيس إذا لم يصلح للغزو ، بيع ، واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد)
 ٢٢٠ - ٢٢٨
- فصل : ظاهر كلام الخرق ، أن الوقف إذا

- بيع ، فأى شيء اشترى بشمنه مما يرد
 ٢٢٢ على أهل الوقف ، جاز .
- فصل : إذا لم يكف ثمن الفرس الحبيس لشراء
 فرس أخرى ، أعين به فى شراء فرس
 ٢٢٢ ، ٢٢٣ حبيس يكون بعض الثمن .
- فصل : إن لم تتعطل منفعة الوقف بالكلية ،
 ٢٢٣ لكن قلت ... لم يجوز بيعه .
- فصل : قال أحمد ، فى رواية أبى داود ، فى
 مسجد أراد أهله رفعه من الأرض ،
 ويجعل تحته سقاية وحوانيت ، فامتنع
 بعضهم من ذلك ، فينظر إلى قول
 ٢٢٣ أكثرهم .
- فصل : لا يجوز أن يفرس فى المسجد شجرة . ٢٢٤
- فصل : ما فضل من حصر المسجد
 وزيته ... ، جاز أن يجعل فى مسجد
 ٢٢٤ ، ٢٢٥ آخر .
- فصل : إذا جنى الوقف جناية توجب
 ٢٢٥ القصاص ، وجب .
- فصل : إن جنى على الوقف جناية موجبة
 ٢٢٦ للمال ، وجب .
- فصل : يجوز تزويج الأمة الموقوفة . ٢٢٦ ، ٢٢٧
- فصل : ليس للموقوف عليه وطء الأمة
 ٢٢٧ الموقوفة .
- فصل : إن أعتق العبد الموقوف ، لم ينفذ
 ٢٢٨ عتقه .
- ٩٢٦ - مسألة : (وإذا حصل فى يد بعض أهل الوقف خمسة
 أوسق ، ففيه الزكاة . وإذا صار الوقف

٢٢٩، ٢٢٨

للمساكين ، فلا زكاة فيه)

فصل : يصح الوقف على القبيلة
العظيمة ، ... ويجوز الوقف على

٢٢٩

المسلمين كلهم .

٩٢٧ - مسألة : (وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف ، مثل الذهب

والورق والمأكول والمشروب ، فوقفه غير

جائز)

٢٢٩ - ٢٣١

فصل : المراد بالذهب والفضة ههنا الدراهم

٢٣٠

والدنانير ، وما ليس بحلى .

٢٣٠ ، ٢٣١

فصل : لا يصح وقف الشمع .

فصل : قال أحمد ، فى من وصى بفرس

وسرج ولجام مفضض ، يوقف فى

٢٣١

سبيل الله : فهو على ما وقف ووصى .

٢٣١ - ٢٣٣

٩٢٨ - مسألة : (ويصح الوقف فيما عدا ذلك)

فصل : قال أحمد ، رحمه الله ، فى رجل له

دار فى الرضى ، ... فأراد التنزه

٢٣٣

منها . قال : يقفها .

٢٣٣ ، ٢٣٤

٩٢٩ - مسألة : (ويصح وقف المشاع)

فصل : إن وقف داره على جهتين مختلفتين ، ...

٢٣٣ ، ٢٣٤

جاز .

فصل : إن أريد تمييز الوقف عن الطلق

بالقسمة ... الصحيح أنها إفراز حق . ٢٣٤

٩٣٠ - مسألة : (وإذا لم يكن الوقف على معروف أو بر ، فهو

٢٣٤ - ٢٣٨

باطل)

٢٣٥ ، ٢٣٦

فصل : لا يصح الوقف على من لا يملك .

فصل : يصح الوقف على أهل الذمة . ٢٣٦

- فصل : ينظر في الوقف من شرطه الواقف . ٢٣٦ - ٢٣٨
فصل : نفقة الوقف من حيث شرط الواقف . ٢٣٨

كتاب الهبة والعطية

- ٩٣١ - مسألة : (ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه)
٢٣٩ - ٢٤٤
فصل : قول الخرق : « لا يصح » . يحتمل أن يريد ...
٢٤١ ، ٢٤٢
فصل : الواهب بالخيار قبل القبض ، ... لا يصح قبضها إلا بإذنه .
٢٤٢
فصل : إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، بطلت الهبة .
٢٤٣ ، ٢٤٤
فصل : إن وهبه شيئاً في يد المتهب ... الهبة تلزم من غير قبض .
٢٤٤
٩٣٢ - مسألة : (ويصح في غير ذلك بغير قبض ، إذا قبل ، كما يصح في البيع)
٢٤٤ - ٢٥٢
فصل : قول الخرق : « إذا قبل » يدل على أنه إنما يستغنى عن القبض في موضع وجد فيه الإيجاب والقبول .
٢٤٥ - ٢٤٧
فصل : القبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه ، لا حائل دونه .
٢٤٧
فصل : تصح هبة المشاع .
٢٤٧ ، ٢٤٨
فصل : متى قلنا : إن القبض شرط في الهبة . لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه .
٢٤٨ ، ٢٤٩
فصل : لا تصح هبة الحمل في البطن .
٢٤٩
فصل : قال أحمد ، ... لا تصح هبة المجهول .
٢٤٩ ، ٢٥٠

- فصل : لا يصح تعليق الهبة بشرط . ٢٥٠
- فصل : إن وهب أمة ، واستثنى ما في بطنها .
- ٢٥٠ . صح
- فصل : إذا كان له في ذمة إنسان دين ، فوهبه له ... صح . ٢٥٠ ، ٢٥١
- فصل : إن وهب الدين لغير من هو في ذمته ... لم يصح . ٢٥١
- فصل : تصح البراءة من الجهول . ٢٥٢ ، ٢٥١
- ٩٣٣ - مسألة : (ويقبض للطفل أبوه ، أو وصيه بعده ، أو الحاكم ، أو أمينه بأمره)
- ٢٥٦ - ٢٥٢
- فصل : إن وهب الأب لابنه شيئاً ، قام مقامه في القبض والقبول . ٢٥٥ ، ٢٥٤
- فصل : إن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه ... لا بد من أن يوكل من يقبل للصبي . ٢٥٥
- فصل : أما الهبة من الصبي لغيره ، فلا تصح . ٢٥٦ ، ٢٥٥
- ٩٣٤ - مسألة : (وإذا فاضل بين ولده في العطية ، أمر برده ، كأمر النبي ﷺ)
- ٢٥٦ - ٢٦٩
- فصل : إن خص بعضهم لمعنى يقتضى تخصيصه ... روى عن أحمد ما يدل على جواز ذلك . ٢٥٨ ، ٢٥٩
- فصل : لا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية . ٢٦٠ ، ٢٥٩
- فصل : ليس عليه التسوية بين سائر أقاربه . ٢٦٠ ، ٢٦١
- فصل : الأم في المنع من المفاضلة بين الأولاد كالأب . ٢٦١

- فصل : قول الخرق : « أمر برده » . يدل على
 ٢٦٢ ، ٢٦١ أن للأب الرجوع فيما وهب لولده .
- فصل : ظاهر كلام الخرق ، أن الأم كالأب ،
 ٢٦٣ ، ٢٦٢ في الرجوع في الهبة .
- فصل : لا فرق ... بين الهبة والصدقة . ٢٦٤
- فصل : للرجوع في هبة الولد شروط أربعة :
 ٢٦٤ أحدها : أن تكون باقية في ملك الابن .
- فصل : الثاني ، أن تكون العين باقية في
 ٢٦٥ ، ٢٦٤ تصرف الولد .
- فصل : الثالث ، أن لا يتعلق بها رغبة لغير
 ٢٦٦ الولد .
- فصل : الرابع : أن لا تزيد زيادة متصلة . ٢٦٧ ، ٢٦٦
- فصل : إن قصر العين أو فصلها ، فلم تزد
 ٢٦٨ ، ٢٦٧ قيمتها ، لم تمنع الرجوع .
- فصل : إن تلف بعض العين ، ... لم يمنع
 ٢٦٨ الرجوع فيها .
- فصل : الرجوع في الهبة أن يقول : قد
 ٢٦٩ ، ٢٦٨ رجعت فيها ...
- ٩٣٥ - مسألة : (فإن مات ولم يرُدْهُ ، فقد ثبت لمن وهب
 له ، إذا كان ذلك في صحته) ٢٦٩ - ٢٧٧
- فصل : قال أحمد : أحب أن لا يقسم ماله ،
 ٢٧٢ ، ٢٧١ ويدعه على فرائض الله تعالى .
- فصل : للأب أن يأخذ من مال ولده ما
 ٢٧٤ - ٢٧٢ شاء ، ويملكه .
- فصل : ليس للولد مطالبة أبيه بدين عليه . ٢٧٥ ، ٢٧٤
- فصل : إن تصرف الأب في مال الابن قبل

- تملكه ، لم يصح تصرفه . ٢٧٥ ، ٢٧٦
- فصل : قال أحمد : بين الرجل وبين ولده
ربا . ٢٧٦
- فصل : ليس لغير الأب الأخذ من مال غيره
بغير إذنه . ٢٧٦ ، ٢٧٧
- ٩٣٦ - مسألة : (ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته ، ولا
لْمُهْد أن يرجع في هديته ، وإن لم يُكَب
عليها) ٢٧٧ - ٢٨١
- فصل : حصل الاتفاق على أن ما وهبه
الإنسان لذوى رحمه المَحْرَم غير
ولده ، لا رجوع فيه . ٢٧٨ ، ٢٧٩
- فصل : لا يجوز للمتصدق الرجوع في
صدقته . ٢٧٩
- فصل : الهبة المطلقة ، لا تقتضى ثوبا . ٢٨٠ ، ٢٨١
- ٩٣٧ - مسألة : (وإذا قال : دارى لك عمرى . أو هى لك
عمرى . فهى له ولورثته من بعده) ٢٨١ - ٢٨٨
- فصل : إذا شرط فى العمرى أنها للمُعْمَرِ
وعقبه ، ... تكون للمُعْمَر وورثته . ٢٨٥ ، ٢٨٦
- فصل : الرُقْبى هى أن يقول : هذا لك
عمرى ، فإن مت قبل رجوع إلى ،
وإن مت قبلك فهو لك . ٢٨٦ ، ٢٨٧
- فصل : تصح العمرى فى غير العقار ، من
الحيوان ، والنبات . ٢٨٧
- فصل : إن وقَّت الهبة إلى غير العمرى
والرقبى ، ... لم يصح . ٢٨٨
- ٩٣٨ - مسألة : (وإن قال : سَكَنَّاها لك عمرى . كان له

أخذها أى وقت أحب ؛ لأن السُّكنى ليست

٢٨٨ - ٢٩١

كالعمري والرقبي

فصل : إذا وهب هبة فاسدة ، ... ثم وهب

تلك العين ، أو باعها بعقد

صحيح ، ... صح العقد الثانى ، ... ٢٨٩

كتاب اللقطة

فصل : قال إمامنا ، ... : الأفضل ترك

٢٩١

الالتقاط .

٩٣٩ - مسألة : (ومن وجد لقطة ، عَرَفَهَا سنة في

٢٩٢ - ٢٩٩

الأسواق ، وأبواب المساجد)

الفصل الثانى : فى قدر التعريف ، وذلك سنة . ٢٩٣

الفصل الثالث : فى زمانه ، وهو النهار دون

٢٩٤

الليل .

الفصل الرابع : فى مكانه ، وهو الأسواق ،

٢٩٤

وأبواب المساجد والجوامع .

الفصل الخامس : فى مَنْ يتولاه ، وللملتقط أن

٢٩٥

يتولى ذلك بنفسه .

الفصل السادس : فى كيفية التعريف ، وهو

٢٩٥

أن يذكر جنسها .

فصل : لم يفرق الخرق بين يسير اللقطة

٢٩٥ - ٢٩٧

وكثيرها .

فصل : إذا أخرج التعريف عن الحول الأول ،

٢٩٧ ، ٢٩٨

مع إمكانه ، أتم .

فصل : إن ترك التعريف فى الحول الأول ؛

- لِعِزِّهِ عَنْهُ ... فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ ... ٢٩٩ ، ٢٩٨
- ٩٤٠ - مسألة : (فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا ، وَإِلَّا كَانَتْ كَسَائِرُ مَالِهِ) ٢٩٩ - ٣٠٧
- فصل : تَدْخُلُ اللَّقْطَةُ فِي مَلِكِهِ عِنْدَ تَمَامِ
- ٣٠١ ، ٣٠٠ .
- التَّعْرِيفِ حَكْمًا .
- فصل : إِنْ التَّقَطُّهَا اثْنَانِ ، فَعَرَّفَاها حَوْلًا ،
- ٣٠١ .
- مَلَكَاها جَمِيعًا .
- فصل : تُتَمَلَّكُ اللَّقْطَةُ مَلَكًا مَرَاعَى ، يَزُولُ
- بِمَجْئِئِ صَاحِبِهَا ، وَيُضْمَنُ لَهُ بَدْلُهَا إِنْ
- ٣٠٢ ، ٣٠١ .
- تَعَذَّرَ رَدُّهَا .
- فصل : كُلُّ مَا جَازَ التَّقَاطُ ، مُلْكٌ بِالتَّعْرِيفِ
- ٣٠٥ - ٣٠٢ .
- عِنْدَ تَمَامِهِ .
- فصل : ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ وَالْخُرْقَى ، أَنَّ لِقْطَةَ
- ٣٠٧ - ٣٠٥ .
- الْحُلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ .
- فصل : إِذَا التَّقَطُّ لِقْطَةً ، عَازَمًا عَلَى تَمَلُّكِهَا
- ٣٠٧ .
- بِغَيْرِ تَعْرِيفٍ ، فَقَدْ فَعَلَ مُحَرَّمًا .
- ٩٤١ - مسألة : (وَحِفْظُ وَكَاءِهَا وَعِفَافِصُهَا ، وَحِفْظُ عِدْدِهَا
- ٣٠٩ - ٣٠٧) وَصَفَتِهَا
- فصل : يَسْتَحِبُّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَيْهَا حِينَ يَجِدُهَا . ٣٠٨ ، ٣٠٩
- ٩٤٢ - مسألة : (فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَوَصَفَهَا لَهُ ، دُفِعَتْ إِلَيْهِ بِلَا
- ٣١٢ - ٣٠٩) بَيْنَةٍ
- فصل : إِنْ وَصَفَهَا اثْنَانِ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا . ٣١١ ، ٣١٢
- فصل : لَوْ جَاءَ مَدْعٍ لِلْقِطَّةِ ، فَلَمْ يَصِفْهَا ، ...
- ٣١٢ .
- لَمْ يَجْزِ دَفْعُهَا إِلَيْهِ .
- ٩٤٣ - مسألة : (أَوْ مِثْلُهَا إِنْ كَانَتْ قَدْ اسْتَهْلَكَتْ) ٣١٣ - ٣٢٢
- فصل : إِنْ وَجَدَ الْعَيْنُ بَعْدَ خُرُوجِهَا مِنْ مَلِكٍ
- الْمُتَّقِطِ ... لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ،

٣١٥، ٣١٤

وله أخذ بدلها .

فصل : إذا أخذ اللقطة ، ثم ردها إلى

٣١٥

موضعها ، ضمنها .

فصل : إن ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير

٣١٦

تفريط ، فلا ضمان عليه .

فصل : من اصطاد سمكة ، فوجد فيها درة ،

٣١٧

فهى للصياد .

فصل : إن وجد عنبرة على ساحل البحر ،

٣١٨

فهى له .

فصل : إن صاد غزالا ، فوجده مخضوبا ،

٣١٩، ٣١٨

أو ... فهو لقطة .

فصل : من أخذت ثيابه من الحمام ، ووجد

٣٢٠، ٣١٩

بدلها ، ... لم يملكه بذلك .

فصل : قال أحمد ، فى من عنده رهون ، قد

أتى عليها زمان لا يعرف صاحبها :

بييعها ، ويتصدق بثمنها ، فإن جاء

٣٢١، ٣٢٠

صاحبها غرمها له .

فصل : نقل الفضل بن زياد ، عن أحمد ، إذا

تنازع صاحب الدار والساكن فى دفن

فى دار ، ... فكل من أصاب الوصف

٣٢١

فهو له .

فصل : من وجد لقطة فى دار الحرب ...

يعرفها سنة فى دار الإسلام ، ثم

٣٢٢، ٣٢١

يطرحها فى المقسم .

٩٤٤ - مسألة : (وإن كان الملتقط قد مات ، فصاحبها غريم

٣٢٣، ٣٢٢

بها)

٩٤٥ - مسألة : (وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها ، شيئا

معلوما ، فله أخذه إن كان التقطها بعد أن

بلغه الجعل) ٣٢٣ - ٣٢٢

فصل : يجوز أن يجعل الجعل في الجمالة لواحد

٣٢٥ ، ٣٢٦ . بعينه .

فصل : إن قال : من رد عبدى من بلد كذا

فله دينار . فرده إنسان من نصف

طريق ذلك البلد ، استحق نصف

الجعل . ٣٢٦ ، ٣٢٧

فصل : الجمالة تساوى الإجارة في اعتبار

العلم بالعوض . ٣٢٧ ، ٣٢٨

فصل : من رد لقطة أو ضالة ، ... بغير

جعل ، لم يستحق عوضا . ٣٢٨

فصل : أما رد العبد الآبق ، فإنه يستحق

الجعل بزرده وإن لم يشرط له . ٣٢٨ - ٣٣٠

فصل : يجوز أخذ الآبق لمن وجده . ٣٣١

فصل : إذا أبق العبد ، فحصل في يد حاكم ،

فأقام سيده بينة ، ... قَبِلَ كتابه ،

وسلم إليه العبد . ٣٣١ ، ٣٣٢

٩٤٦ - مسألة : (وإن كان التقطها قبل ذلك ، فردها لعله

الجعل ، لم يجوز له أخذه) ٣٣٢ ، ٣٣٣

٩٤٧ - مسألة : (وإن كان الذى وجد اللقطة سفيها أو

طفلا ، قام وليه بتعريفها ، فإن تمت السنة ،

ضمها إلى مال واجدها) ٣٣٣ - ٣٣٧

فصل : قال أحمد ، في رواية العباس ابن

موسى ، في غلام له عشر سنين ،

التقط لقطه ، ثم كبر : فإن وجد

صاحبها دفعها إليه . ٣٣٤

فصل : إذا وجد العبد لقطه ، فله أخذها بغير

إذن سيده ، ويصح التقاطه . ٣٣٤ - ٣٣٦

فصل : المكاتب كالحُر في اللقطه . ٣٣٦

فصل : الذمي في الالتقاط كالمسلم . ٣٣٦ ، ٣٣٧

فصل : يستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ

اللقطة . ٣٣٧

٩٤٨ - مسألة : (وإذا وجد الشاة بمصر ، أو بمهلكة ، فهي

لقطة) ٣٣٧ - ٣٤٣

فصل : يتخير ملتقطها بين ثلاثة أشياء ؛ ... ٣٣٩ - ٣٤١

فصل : إذا أكلها ثبتت قيمتها في ذمته . ٣٤١

فصل : إذا التقط مالا يبقى عاما ، فذلك

نوعان ؛ ... ٣٤١ - ٣٤٣

٩٤٩ - مسألة : (ولا يتعرض لبيع ، ولا لما فيه قوة يمنع عن

نفسه) ٣٤٣ - ٣٥٠

فصل : إن كانت الصيد مستوحشة ، ...

جاء التقاطها . ٣٤٤

فصل : البقرة كالإبل . ٣٤٤ ، ٣٤٥

فصل : إن أخذ هذا الحيوان الذي لا يجوز

أخذه على سبيل الالتقاط ، ضمنه . ٣٤٥

فصل : للإمام أو نائبه أخذ الضالة على وجه

الحفظ لصاحبها . ٣٤٥ ، ٣٤٦

فصل : إن أخذها غير الإمام أو نائبه ليحفظها

لصاحبها ، لم يجز . ٣٤٦

فصل : ما يحصل عند الإمام من الضوال ،

- فإنه يشهد عليها ، ويسمها بأنها
 ضالة . ٣٤٧ ، ٣٤٦
- فصل : من ترك دابة بمهلكة ، فأخذها
 إنسان ، فأطعمها ... ملكها . ٣٤٨ ، ٣٤٧
- فصل : إن ترك متاعا ، فخلصه إنسان ، لم
 يملكه . ٣٤٩ ، ٣٤٨
- فصل : ذكر القاضى فيما إذا التقط عبدا
 صغيرا ، ... لا يملك بالتعريف . ٣٤٩

كتاب اللقيط

- ٩٥٠ - مسألة : (واللقيط حر) ٣٥٠ - ٣٥٤
- فصل : لا يخلو اللقيط من أن يوجد في دار
 الإسلام ، أو في دار الكفر ، ... ٣٥٢ ، ٣٥١
- فصل : في الموضع الذى حكمنا بإسلامه ،
 إنما يثبت ذلك ظاهرا لا يقينا . ٣٥٣ ، ٣٥٢
- فصل : إذا جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة ،
 فالعقل على بيت المال . ٣٥٤ ، ٣٥٣
- فصل : إن قذف اللقيط بعد بلوغه محصنا ،
 حد ثمانين . ٣٥٤
- ٩٥١ - مسألة : (وينفق عليه من بيت المال إن لم يوجد معه
 شيء ينفق عليه) ٣٥٨ - ٣٥٥
- فصل : أما إن وجد مع اللقيط شيء ، فهو
 له ، وينفق عليه منه . ٣٥٨ - ٣٥٦
- ٩٥٢ - مسألة : (وولاؤه لسائر المسلمين) ٣٦٠ - ٣٥٨
- ٩٥٣ - مسألة : (وإن لم يكن من وجد اللقيط أمينا ، منع من
 السفر به) ٣٦٧ - ٣٦٠

فصل : إذا التقط اللقيط من هو مستور

الحال ، ... أقر اللقيط في يديه . ٣٦٢

فصل : إن كان سفر الأمين باللقيط إلى مكان

يقيم به ، نظرنا ؛ ... ٣٦٣ ، ٣٦٢

فصل : ليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ ، إذا

وجد من يلتقطه سواه . ٣٦٣

فصل : ليس لكافر التقاط مسلم . ٣٦٤ ، ٣٦٣

فصل : إن التقطه اثنان ، وتناولاه تناولا

واحدا ، لم يخل من ثلاثة أقسام ؛ ... ٣٦٥ ، ٣٦٤

فصل : إن رآياه جميعا ، فسبق أحدهما

فأخذه ، ... فهو أحق به . ٣٦٦ ، ٣٦٥

فصل : إن اختلفا ، ... ولا بينة لأحدهما ،

وكان في يد أحدهما ، فالقول قوله مع

يمينه أنه التقطه . ٣٦٧ ، ٣٦٦

٩٥٤ - مسألة : (وإن ادعاه مسلم وكافر ، أرى القافة ،

فبأيهما ألحقوه لحقه) ٣٦٧ - ٣٩٥

فصول:

أحدهما : أنه إذا ادعاه مسلم وكافر ، أو حر

وعبد ، فهما سواء . ٣٧٠ ، ٣٧١

الفصل الثاني : أنه إذا ادعاه اثنان ، فكان

لأحدهما بينة ، فهو ابنه . ٣٧١

الفصل الثالث : أنه إذا لم تكن به بينة ، ...

فإننا نريه القافة معهما ، ... فنلحقه

بمن ألحقته به منهما . ٣٧١ - ٣٧٤

فصل : القافة قوم يعرفون الإنسان بالشبه . ٣٧٥ ، ٣٧٦

فصل : إن ألحقته القافة بكافر أو رقيق ،

- لم يحكم بكفره ولا رقه . ٣٧٦
 فصل : لو ادعى نسب اللقيط إنسان ، فألحق
 نسبه به ... ثم جاء آخر فادعاه ، لم
 يزل نسبه عن الأول . ٣٧٧ ، ٣٧٦
 فصل : إذا ادعاه اثنان ، فألحقته القافة بهما ،
 ألحق بهما . ٣٧٨ ، ٣٧٧
 فصل : إن ادعاه أكثر من اثنين ، فألحقته بهم
 القافة ، ... يلحق بثلاثة . ٣٧٩ ، ٣٧٨
 فصل : إذا لم توجد قافة ، أو أشكل الأمر
 عليها ... الابن يخير أيهما أحب . ٣٨١ - ٣٧٩
 فصل : إن ادعت امرأتان نسب ولد ، فذلك
 مبنى على قبول دعواهما . ٣٨٢ ، ٣٨١
 فصل : إن ادعى نسبه رجل وامرأة ، فلا
 تناق بينهما . ٣٨٢
 فصل : إن ولدت امرأتان ابنا وبنتا ، فادعت
 كل واحدة منهما أن الابن ولدها دون
 البنت ، احتمل وجهين ؛ ... ٣٨٣ ، ٣٨٢
 فصل : لو ادعى اللقيط رجلا ، ...
 نظرنا ، ... ٣٨٣
 فصل : إذا وطئ رجلا امرأة في طهر
 واحد ، ... فأنت بولد يمكن أن
 يكون منهما ... يرى القافة معهما ،
 فأيهما ألحقوه لحق . ٣٨٣
 فصل : إذا ادعى رق اللقيط مدع ، سمعت
 دعواه . ٣٨٤ ، ٣٨٣
 فصل : إن ادعى رق اللقيط بعد بلوغه مدع ،

- كلف إجابهته ، ... ٣٨٥ ، ٣٨٤
- فصل : إذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه ، لم
يخل من أن يكون ذكرا أو أنثى ، فإن
كان ذكرا ، ... ٣٨٧ ، ٣٨٦
- فصل : إن كان قد تصرف ببيع أو شراء ،
فتصرفه صحيح . ٣٨٧
- فصل : إن كان قد جنى جناية موجبة
للقصاص ، فعليه له القود . ٣٨٨ ، ٣٨٧

كتاب الوصايا

- فصل : لا تجب الوصية إلا على من عليه
دين ، ... ٣٩١ ، ٣٩٠
- فصل : تستحب الوصية بجزء من المال لمن
ترك خيرا ؛ ... ٣٩٣ - ٣٩١
- فصل : الأولى أن لا يستوعب الثلث بالوصية
وإن كان غنيا ؛ ... ٣٩٤ ، ٣٩٣
- فصل : الأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين
لا يرثون ، إذا كانوا فقراء . ٣٩٥ ، ٣٩٤
- ٩٥٥ - مسألة : (ولا وصية لوارث ، إلا أن يميز الورثة
ذلك) ٣٩٦ - ٤٠٤
- فصل : إن أسقط عن وارثه ديناً ، ... فهو
كالوصية . ٣٩٧
- فصل : إن وصى لكل وارث بمعين من ماله
بقدر نصيبه ، ... احتمل أن تصح
الوصية . ٣٩٨ ، ٣٩٧
- فصل : إذا ملك المريض من يعتق عليه بغير

- عوض ، عتق وورث . ٣٩٨ - ٤٠٠
- فصل : إن ملك من ورثته من لا يعتق عليه ، ... فأعتقهم في مرضه ، فعتقهم وصية . ٤٠٠
- فصل : مريض اشترى أباه بألف ، لا مال له سواه ، فعلى رواية ... يعتق كله ... ٤٠٠ ، ٤٠١
- فصل : إذا وهب لإنسان أبوه ، أو وصى له به ، استحب له أن يقبله ، ولم يجب . ٤٠١
- فصل : إذا وصى لوارثه وأجنبي بثلته ، فأجاز سائر الورثة وصية الوارث ، فالثلث بينهما . ٤٠١ ، ٤٠٢
- فصل : إن وصى بثلته لوارث وأجنبي ، وقال : ... ٤٠٣
- فصل : إن وصى لوارث ، فأجاز بعض باقى الورثة الوصية دون البعض ، نفذ في نصيب من أجاز ، دون من لم يجز . ٤٠٣ ، ٤٠٤
- ٩٥٦ - مسألة : (ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث ، فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصى ، جاز ، وإن لم يميزوا ، رد إلى الثلث) ٤٠٤ - ٤٠٧
- فصل : لا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصى . ٤٠٥ ، ٤٠٦
- فصل : إذا أوصى بأكثر من الثلث ، فأجاز الوارث الوصية ، وقال : ... ٤٠٦
- فصل : لا تصح الإجازة إلا من جائز التصرف . ٤٠٧
- ٩٥٧ - مسألة : (ومن أوصى له ، وهو فى الظاهر وارث ،

- فلم يمت الموصى حتى صار الموصى له غير وارث ، فالوصية له ثابتة ؛ لأن اعتبار الوصية بالموت)
 ٤٠٧ - ٤١٣
- فصل : لو أوصى لامرأة أجنبية ، أو أوصت له ، ثم تزوجها ، لم تجز وصيتهما إلا بالإجازة من الورثة .
 ٤٠٧ ، ٤٠٨
- فصل : إن أعتق أمته في صحته ، ثم تزوجها في مرضه ، صح .
 ٤٠٨
- فصل : إن أعتق أمة لا يملك غيرها ، ثم تزوجها ، فالنكاح صحيح في الظاهر .
 ٤٠٨ - ٤١٠
- فصل : لو أن امرأة مريضة أعتقت عبدا قيمته عشرة ، وتزوجها بعشرة في ذمته ، ثم ماتت ، وخلفت مائة . اقتضى ... أن تضم العشرة التي في ذمته إلى المائة ، فيكون ذلك هو التركة .
 ٤١٠
- فصل : لو تزوج المريض امرأة صداق مثلها خمسة ، فأصدقها عشرة لا يملك غيرها ، ثم مات ، وورثته ، بطلت المحاباة .
 ٤١٠ ، ٤١١
- فصل : إذا أوصى بجارية لزوجها الحر ، قبلها ، انفسخ النكاح .
 ٤١١ - ٤١٣
- ٩٥٨ - مسألة : (فإن مات الموصى له قبل موت الموصى ، بطلت الوصية)
 ٤١٣ - ٤١٥
- فصل : لا تصح الوصية لميت .
 ٤١٣ - ٤١٥
- ٩٥٩ - مسألة : (وإن رد الموصى له الوصية ، بعد موت

- الموصى ، بطلت الوصية) ٤١٥، ٤١٦
 فصل: كل موضع صح الرد فيه ، فإن
 الوصية تبطل بالرد ، وترجع إلى
 التركة ، فتكون للوراث جميعهم . ٤١٦
 فصل: يحصل الرد بقوله : رددت الوصية .
 وقوله : لا أقبلها . ٤١٦
 ٩٦٠ - مسألة : (فإن مات قبل أن يقبل أو يرد ، قام وارثه
 في ذلك مقامه ، إذا كان موته بعد موت
 الموصى) ٤١٦ - ٤٢٣
 فصل: لا يملك الموصى له الوصية إلا
 بالقبول . ٤١٨ - ٤٢٠
 فصل: فيما يختلف من الفروع باختلاف
 المذهبين ، ... ٤٢٠ - ٤٢٢
 فصل: تصح الوصية مطلقة ومقيدة . ٤٢٢، ٤٢٣
 ٩٦١ - مسألة : (وإذا أوصى له بسهم من ماله ، أعطى
 السدس ، ... رواية أخرى ، يعطى سهمها مما
 تصح منه الفريضة) ٤٢٣ - ٤٢٦
 فصل: إن أوصى بجزء ... أعطاه الورثة ما
 شاءوا . ٤٢٦
 ٩٦٢ - مسألة : (وإذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ، ولم
 يسمه ، كان له مثل ما لأقلهم نصيبا ، كأنه
 أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ...) ٤٢٦ - ٤٣١
 فصل: إن أوصى بنصيب وارث ، ففيها
 وجهان ؛ ... ٤٢٨
 فصل: إن قال : أوصيت لك بضعف نصيب
 ابني . فله مثلاً نصيبه . ٤٢٨، ٤٢٩
 فصل: إن قال : أوصيت لك بضعفى
 نصيب ابني . فله مثلاً نصيبه ... ٤٢٩، ٤٣٠

- فصل : إن وصى بمثل نصيب من لا نصيب
 له ، ... فلا شيء للموصى له . ٤٣٠
- فصل : إن أوصى لرجل بثلاث ، ولآخر... ٤٣٠ ، ٤٣١
- فصل : لو أوصى بمثل نصيب وارث لو
 كان ، فقدّر الوارث موجودا ،
 وانظر ما للموصى له مع وجوده ،
 فهو له مع عدمه . ٤٣١
- ٩٦٣ - مسألة : (وإذا خلف ثلاثة بنين ، وأوصى لآخر بمثل
 نصيب أحدهم ، كان للموصى له الربع) ٤٣١ - ٤٤٤
- فصل : إن خلف بنتا ، وأوصى بمثل نصيبها ،
 فالحكم فيها كالحكم فيما لو كان ابنا
 عند من يرى الرد . ٤٣١ ، ٤٣٢
- فصل : إذا خلف ثلاثة بنين ، وأوصى لثلاثة
 بمثل أنصبتهم ، فالمال بينهم على ستة
 إن أجازوا ، ... ٤٣٢ ، ٤٣٣
- فصل : إذا وصى لرجل بجزء مقدر ، ولآخر
 بمثل نصيب وارث من ورثته ، ففيها
 وجهان ؛ ... ٤٣٣ - ٤٣٥
- فصل : إن أوصى لرجل بمثل نصيب وارث ،
 ولآخر بجزء مما بقى من المال ففيها
 أيضا ثلاثة أوجه ؛ ... ٤٣٥ ، ٤٣٦
- فصل : إن كانت الوصية الثانية بنصف ما
 يبقى من الثلث ، أخذت مخرج
 النصف والثلث . ٤٣٦
- فصل : إن أوصى لثالث بربع المال ، فخذ
 المخرج ، وهي ... ٤٣٦ ، ٤٣٧

- فصل : إن كانت الوصية الثالثة برقع ما بقى
من المال بعد الوصيتين الأوليين ،
٤٣٧ ، ٤٣٨ فاعملها بطريق النصيب .
- فصل : إن خلف أما وأختا وعمما ، وأوصى
لرجل ... ، ولآخر ... ، فاعملها
٤٣٨ بالمنكوس .
- فصل : في الاستثناء ، إذا خلف ثلاثة بنين ،
وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع
٤٣٨ ، ٤٣٩ المال ، ...
- فصل : إن قال : أوصيت لك بمثل نصيب أحد
بنى إلا ثلث ما يبقى من الثلث ... ٤٣٩ ، ٤٤٠
- فصل : إن قال : إلا خمس ما يبقى من المال
بعد النصيب ، ولآخر بثلث ما يبقى
٤٤٠ - ٤٤٢ من المال بعد وصية الأول ، ...
- فصل : إن خلف أربعة بنين ، وأوصى لرجل
بثلث ماله إلا نصيب أحدهم ، ... ٤٤٢ ، ٤٤٣
- فصل : إن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد
بنيه ، وهم ثلاثة ، ولآخر ... ٤٤٣
- فصل : إن ترك ستائة ، ووصى لأجنبى
بمائة ، ولآخر بتمام الثلث ، فلكل
٤٤٣ واحد منهما مائة .
- فصل : إن أوصى لرجل بثلث ماله ،
ولآخر ... ٤٤٣ ، ٤٤٤
- ٩٦٤ - مسألة : (وإذا أوصى لزيد بنصف ماله ، ولعمرو
برقع ماله ، ولم يُجز ذلك الورثة ، فالثلث
بينهما على ثلاثة أسهم ؛ لعمرو سهم ،

٤٤٤ - ٤٤٨

ولزید سہمان)

فصل : إذا جاوزت الوصايا المال ، فاقسم

المال بينهم على قدر وصاياهم ، مثل

٤٤٦ ، ٤٤٧

العول .

فصل : إذا خلف ابنين ، وأوصى لرجل بماله

كله ، وللآخر بنصفه ، فالمال بين

٤٤٧ ، ٤٤٨

الوصيين على ثلاثة إن أجازا .

٩٦٥ - مسألة : (وإذا أوصى لولد فلان ، فهو للذكر

والأنثى بالسوية . وإن قال : لبنيه . فهو

٤٤٨ - ٤٥٥

للذكور دون الإناث)

فصل : إن أوصى لبنات فلان ، دخل فيه

٤٥٠

الإناث دون غيرهن .

فصل : إن أوصى لولد فلان ، أو لبني فلان .

٤٥٠

ولم يكونوا قبيلة ، فهو لولده لصلبه .

فصل : إن وصى لولد فلان ، أو بنى فلان ،

وهم قبيلة ، ... دخل فيهم الذكر

٤٥٠ ، ٤٥١

والأنثى والختنى .

فصل : إن أوصى لأخواته ، فهو للإناث

خاصة ، وإن أوصى لإخوته ، دخل

٤٥١

فيه الذكر والأنثى .

فصل : ألفاظ المجموع على أربعة أضرب ؛ ... ٤٥١ ، ٤٥٢

فصل : إن وصى للأرامل ، فهو للنساء

اللاقى فارقهن أزواجهن بموت أو

٤٥٢ ، ٤٥٣

غيره .

فصل : أما لفظ الأيامى ، فهو كالأرامل ، إلا

٤٥٣ ، ٤٥٤

أنه لكل امرأة لا زوج لها .

- فصل : العزاب هم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء . ٤٥٤ ، ٤٥٥
- فصل : إذا أوصى لجماعة لا يمكن حصرهم واستيعابهم ، ... صح . ٤٥٥
- ٩٦٦ - مسألة : (والوصية بالحمل وللحمل جائزة ، إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية) ٤٥٥ - ٤٦٥
- فصل : إن وصى بالحمل الموجود ، اعتبر وجوده . ٤٥٨
- فصل : إذا أوصى لما تحمل هذه المرأة ، لم يصح . ٤٥٨
- فصل : إذا أوصى لحمل امرأة ، فولدت ذكرا وأنثى ، فالوصية لهما بالسوية . ٤٥٨ ، ٤٥٩
- فصل : إن أوصى بثمر شجرة ، ... صح . ٤٥٩ ، ٤٦٠
- فصل : إن أراد الموصى له إجارة العبد أو الدار ، في المدة التي أوصى له بنفعها ، جاز . ٤٦٠
- فصل : إذا أوصى له بثمر شجرة مدة ، أو بما يثمر أبدا ، لم يملك واحد من الموصى له والوارث إجبار الآخر على سقيها . ٤٦٠
- فصل : أما نفقة العبد الموصى بخدمته ، وسائر الحيوانات الموصى بنفعها ، فيحتمل أن تجب على صاحب الرقبة . ٤٦٠ ، ٤٦١
- فصل : إذا أعتق الورثة العبد ، عتق . ٤٦١ ، ٤٦٢
- فصل : إذا أوصى لرجل بمنفعة أمته ، فأت بولد من زوج أو زنى ، فهو مملوك ،

حكمه حكم أمه . ٤٦٢ ، ٤٦٣

فصل : ليس لواحد منهما تزويجها . ٤٦٣

فصل : إن قتل العبد الموصى بنفعه ، وجبت

قيمته ، يشتري بها ما يقوم مقام

الموصى به . ٤٦٣ ، ٤٦٤

فصل : إذا أوصى لرجل بحب زرع ، ولآخر

ببنته ، صح ، والنفقة بينهما . ٤٦٤

فصل : إن أوصى لرجل بخاتم ، ولآخر

بفصه ، صح . ٤٦٤

فصل : إن أوصى لرجل بدينار من غلة

داره ، وغلها ديناران ، صح . ٤٦٥

فصل : تصح الوصية بما لا يقدر على

تسليمه . ٤٦٥

٩٦٧ - مسألة : (وإذا أوصى بجارية لبشر ، ثم أوصى بها

لبكر ، فهي بينهما) ٤٦٥ - ٤٦٧

فصل : إن وصى بعبد لرجل ، ثم وصى

لآخر بثلثه ، فهو بينهما أرباعا . ٤٦٥ ، ٤٦٦

فصل : إذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث

لبشر ، وأقام آخر شاهدين أنه وصى

له بالثلث ، فرد الوارث الوصيتين ،

وكان الوارث رجلا عاقلا عدلا ،

وشهد بالوصية ، حلف معه الموصى

له ، واشتركا في الثلث . ٤٦٦ ، ٤٦٧

٩٦٨ - مسألة : (وإن قال : ما أوصيت به لبشر فهو لبكر .

كانت لبكر) ٤٦٧ - ٤٧٠

فصل : إن قال : ما أوصيت به لفلان ،

- فنصفه لفلان ، أو ثلثه . كان رجوعا
في القدر الذى وصى به للثانى
خاصة ، وباقيه للأول . ٤٦٧
- فصل : أجمع أهل العلم على أن للموصى أن
يرجع في جميع ما أوصى به ، وفي
بعضه ، إلا الوصية بالإعتاق . ٤٦٨
- فصل : يحصل الرجوع بقوله : رجعت في
وصيتي ، أو أبطلتها ، أو غيرتها ، ... ٤٦٨ ، ٤٦٩
- فصل : إن وصى بحب ثم طحنه ، ... كان
رجوعا . ٤٦٩
- فصل : إن وصى بشيء معين ، ثم خلطه
بغيره على وجه لا يتميز منه ، كان
رجوعا . ٤٦٩
- فصل : إذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه ،
من غير فعل الموصى ، ... بطلت
الوصية بها . ٤٦٩ ، ٤٧٠
- فصل : إن جحد الوصية ، لم يكن رجوعا . ٤٧٠
- فصل : نقل الحسن بن ثواب ، عن أحمد ، في
رجل قال : هذا ثلثي لفلان ، ويعطى
فلان منه مائة في كل شهر إلى أن
يموت . فهو للآخر منهما . ٤٧٠
- ٩٦٩ - مسألة : (ومن كتب وصية ، ولم يشهد فيها ، حكم
بها ، ما لم يعلم رجوعه عنها)
٤٧٠ - ٤٧٣
- فصل : إن كتب وصيته ، وقال : اشهدوا
على بما في هذه الورقة ... لا يجوز
حتى يسمعوا منه ما فيه . ٤٧١ ، ٤٧٢

- فصل : ويستحب أن يكتب الموصى وصيته ،
 ٤٧٢ ، ٤٧٣ ويشهد عليها .
- ٩٧٠ - مسألة : (وما أعطى في مرضه الذى مات فيه ، فهو
 من الثلث) ٤٧٣ - ٤٩١
- فصل : وحكم العطايا في مرض الموت
 المخوف ، حكم الوصية في خمسة
 ٤٧٤ - ٤٧٧ أشياء ؛ ...
- فصل : إذا قال المريض : إذا أعتقت سعدًا ،
 فسعيد حر . ثم أعتق سعدا ، عتق
 ٤٧٧ ، ٤٧٨ سعيد .
- فصل : إن قال : إن تزوجت فعبدي حر .
 فتزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل ،
 ٤٧٨ فالزيادة محاباة معتبرة من الثلث .
- فصل : إذا أعتق المريض شقصا من عبد ، ثم
 أعتق شقصا من آخر ، ولم يخرج من
 ٤٧٩ الثلث إلا العبد الأول ، عتق وحده .
- فصل : إذا ملك المريض من يعتق عليه بغير
 ٤٧٩ - ٤٨٢ عوض ، ... عتق .
- فصل : إن اشترى المريض أباه بألف ، لا مال
 له سواه ، ثم مات ، وخلف ابنا ، ...
 ٤٨٢ - ٤٨٦ يعتق كله على المريض .
- فصل : إذا كان للمريض ثلاثة آلاف ، فتبرع
 بألف ، ثم اشترى أباه مما بقى ، وله
 ابن ، ... يعتق الأب وينفذ من التبرع
 ٤٨٦ ، ٤٨٧ قدر ثلث المال حال الموت .
- فصل : إن ملك المريض من يرثه ممن لا يعتق
 عليه ، ... فأعتقه في مرضه ، كان

- ٤٨٧ إعتاقه وصية معتبرة من الثلث .
- فصل : ما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه وإسقاطه ، ... فهو من رأس المال .
- ٤٨٨ ، ٤٨٧
- فصل : أما إن قضى المريض بعض غرمائه ، ووفت تركته بسائر الديون ، صح قضاؤه .
- ٤٨٨
- فصل : إذا تبرع المريض ، أو أعتق ، ثم أقر بدين ، لم يبطل تبرعه .
- ٤٨٨
- فصل : يعتبر في المريض الذى هذه أحكامه شرطان ؛ ...
- ٤٨٩ - ٤٩١
- ٩٧١ - مسألة : (وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر) ٤٩١ - ٥٠٨
- فصل : يحصل الخوف بغير ما ذكرناه ، في مواضع خمسة ، تقوم مقام المرض ؛ ...
- ٤٩٢ - ٤٩٤
- فصل : يعتبر خروج العطية من الثلث حال الموت .
- ٤٩٤ - ٤٩٦
- فصل : إن أعتق ثلاثة أعبد ، قيمتهم سواء ، وعليه دين بقدر قيمة أحدهم ، وكسب أحدهم مثل قيمته ، أقرعنا بينهم لإخراج الدين .
- ٤٩٦ ، ٤٩٧
- فصل : إن أعتق عبيدين متساويي القيمة ، بكلمة واحدة ، ولا مال له غيرهما ، فمات أحدهما ، أقرع بين الحي والميت ...
- ٤٩٧
- فصل : رجل أعتق عبدا ، لا مال له سواه ، قيمته عشرة ، فمات قبل سيده ،

- وخلف عشرين ، فهي لسيدة بالولاء . ٤٩٧ ، ٤٩٨
- فصل : في المحابة في المرض . ٤٩٨ - ٥٠٠
- فصل : القسم الثاني ، المحابة في التزويج . ٥٠٠ ، ٥٠١
- فصل : القسم الثالث ، أن يخالعه في مرضها
بأكثر من مهرها ، فمذهب أحمد أن
لورثتها أن لا يعطوه أكثر من ميراثه
منها . ٥٠١ - ٥٠٣
- فصل : في الهبة ؛ ... ٥٠٣ ، ٥٠٤
- فصل : إن وهب مريض مريضاً مائة ، لا
يملك سواها ، ... ٥٠٤
- فصل : إن وهب رجل رجلاً جارية ،
فقبضها الموهوب له ووطنها ، ...
- فقد صحت الهبة في شيء ، ... ٥٠٤ ، ٥٠٥
- فصل : إن وهب مريض رجلاً عبداً ، لا
يملك غيره ، فقتل العبد الواهب ،
قيل للموهوب له : إما أن تفديه ،
وإما أن تسلمه . ٥٠٥ ، ٥٠٦
- فصل : مريض أعتق عبداً ، لا مال له سواه ،
قيمتة مائة ، فقطع إصبع سيده
خطأً ، فإنه يعتق نصفه ، وعليه
نصف قيمته . ٥٠٦ ، ٥٠٧
- فصل : إن أعتق عبيدين ، دفعة واحدة ، قيمة
أحدهما مائة ، والآخر مائة
- وخمسون ، ... ٥٠٧ ، ٥٠٨
- ٩٧٢ - مسألة : (ومن جاوز العشر سنين ؛ فوصيته جائزة
إذا وافق الحق)
- ٥٠٨ - ٥١٤
- فصل : أما الطفل ، ... والمجنون ، والمبرسم ،

- ٥١٠ . فلا وصية لهم .
 فصل : أما المحجور عليه لسفه ، فإن وصيته
 تصح . ٥١١ ، ٥١٠
 فصل : تصح وصية الأخرس إذا فهمت
 إشارته . ٥١١
 فصل : إن وصى عبد أو مكاتب أو مدبر أو
 أم ولد وصية ، ثم ماتوا على الرق ،
 فلا وصية لهم . ٥١٢ ، ٥١١
 فصل : تصح وصية المسلم للذمي ، والذمي
 للمسلم ، والذمي للذمي . ٥١٢
 فصل : تصح الوصية للحرى في دار الحرب . ٥١٢ ، ٥١٣
 فصل : لا تصح الوصية لكافر بمصحف ولا
 عبد مسلم . ٥١٣
 فصل : لا تصح الوصية بمعصية وفعل محرم . ٥١٣ ، ٥١٤
 ٩٧٣ - مسألة : (ومن أوصى لأهل قرية ، لم يعط من فيها من
 الكفار ، إلا أن يذكرهم)
 ٥١٦ - ٥١٤
 ٩٧٤ - مسألة : (ومن أوصى بكل ماله ، ولا عصبه له ، ولا
 مولى له ، فجائز . وقد روى عن أبي عبد
 الله ، رحمه الله ، رواية أخرى : لا يجوز إلا
 الثلث)
 ٥١٦ - ٥١٨
 فصل : إن خلف ذا فرض ، لا يرث المال
 كله ، ... لم يكن له الوصية بأكثر
 من الثلث . ٥١٧
 فصل : إن خلف ذا فرض لا يرث المال كله ،
 وقال : أوصيت لفلان بثلثي ، على
 أنه لا ينقص ذا الفرض شيئاً من

٥١٨، ٥١٧

فرضه ... صح .

٩٧٥ - مسألة : (ومن أوصى لعبده بثلث ماله ، فإن كان

العبد يخرج من الثلث عتق ، وما فضل من

الثلث بعد عتقه ، فهو له ، وإن لم يخرج من

الثلث ، عتق منه بقدر الثلث ، إلا أن يميز

٥٢٢ - ٥١٨

(الورثة)

فصل : إن أوصى له بمعين من ماله ، ...

٥١٩

فالوصية باطلة .

فصل : إن أوصى له بربقته ، فهو تدبير ،

٥١٩

يعتق إن حمله الثلث .

فصل : إن أوصى لمكاتبه ، أو مكاتب

٥٢٠، ٥١٩

وارثه ، أو مكاتب أجنبي ، صح .

٥٢١، ٥٢٠

فصل : إن أوصى لعبد غيره ، صح .

فصل : إذا أوصى بعتق أمته ، على أن لا

تنزوج . ثم مات ، فقالت : لا أتزوج .

٥٢١

عتقت .

فصل : اختلف أصحابنا في الوصية للقاتل

٥٢٢، ٥٢١

على ثلاثة أوجه ؛ ...

٩٧٦ - مسألة : (وإذا قال : أحد عبدي حر . أقرع بينهما ،

فمن تقع عليه القرعة ، فهو حر ، إذا خرج

٥٢٣، ٥٢٢

من الثلث)

فصل : نقل صالح عن أبيه ، في من له غلامان

اسمهما واحد ، فقال : فلان حر بعد

موتي . وله مائتا درهم . ولم يعينه ،

٥٢٣

يقرع بينهما .

٩٧٧ - مسألة : (وإذا أوصى أن يشتري عبد زيد بخمسمائة ،

فيعتق ، فلم يبعه سيده ، فالحسمائة
للورثة . وإن اشتروه بأقل ، فما فضل فهو
للورثة)

٥٢٣ - ٥٢٥

فصل : إن وصى أن يشتري عبد بألف ،
فيعتق عنه ، فلم يخرج من ثلثه ،

اشترى عبد بما يخرج من الثلث . ٥٢٤ ، ٥٢٥

فصل : إن وصى بشراء عبد وأطلق ، أو
وصى ببيع عبده وأطلق ، فالوصية
باطلة .

٥٢٥

٩٧٨ - مسألة : (وإذا أوصى لرجل بعبد لا يملك غيره ،
وقيمته مائة ، ولآخر بثلاث ماله ، وملكه
غير العبد مائتا درهم ، فأجاز الورثة ذلك ،
فلمن أوصى له بالثلث ثلث المائتين وربع

العبد ، ... وإن لم يجز الورثة ذلك ، ...) ٥٢٥ - ٥٢٩

٩٧٩ - مسألة : (ومن أوصى لقربته ، فهو للذكر والأنثى
بالسوية ، ولا يجاوز بها أربعة آباء ؛ لأن
النبي ﷺ لم يجاوز بنى هاشم بسهم ذى
القرنى)

٥٢٩ - ٥٣٣

فصل : إن وصى لأقرب أقاربه ، لم يدفع إلى
الأبعد مع وجود الأقرب .

٥٣١ - ٥٣٣

٩٨٠ - مسألة : (وإن قال : لأهل بيتى . أعطى من قبل أبيه

وأمه)

٥٣٣ - ٥٤١

فصل : إن وصى لآله ، فهو مثل قرابته . ٥٣٤ ، ٥٣٥

فصل : إن وصى لمواليه ، وله موال من

فوق ، وهم معتقوه ، فالوصية لهم . ٥٣٥ ، ٥٣٦

فصل : إن وصى لجيرانه ، فهم أهل أربعين

٥٣٧ ، ٥٣٦

دارا من كل جانب .

فصل : إن وصى لأهل دربه أو سكتته ، فهم

أهل المحلة الذين طريقهم في دربه . ٥٣٧

فصل : إن وصى لأصناف الزكاة المذكورين

في القرآن ، فهم الذين يستحقون من

الزكاة ، وينبغي أن يجعل لكل صنف

٥٣٨ ، ٥٣٧

ثمن الوصية .

فصل : إن أوصى بشيء لزيد وللمساكين ،

٥٣٨

فلزيد نصف الوصية .

فصل : إن قال : اشترؤا بثلثي رقابا ،

فأعتقوهم . لم يجوز صرفه إلى

٥٤٠ - ٥٣٨

المكاتبين .

فصل : نقل المروذي ، عن أحمد ، في من

أوصى بثلثه في أبواب البر ، يجوز ثلاثة

٥٤١ ، ٥٤٠

أجزاء ؛ ...

٩٨١ - مسألة : (وإذا وصى أن يحج عنه بخمسمائة . فما

٥٤٥ - ٥٤١

فضل رد في الحج)

فصل : إذا أوصى بحج واجب ، أو غيره من

الواجبات ، ... لم يخل من أربعة

٥٤٥ ، ٥٤٣

أحوال ؛ ...

٩٨٢ - مسألة : (وإن قال : حجة بخمسمائة . فما فضل فهو

٥٤٦ ، ٥٤٥

لمن يحج)

فصل : إن عين رجلا للحج ، فأبى أن يحج ،

٥٤٦

بطل التعيين .

٩٨٣ - مسألة : (وإن قال : حجوا عني حجة . فما فضل

٥٤٨ - ٥٤٦

رد إلى الورثة)

- فصل : إذا أوصى لرجل أن يخرج عنه حجة ،
 لم يكن للوصى الحج بنفسه . ٥٤٧
- فصل : إذا أوصى أن يحج عنه زيد بمائة ، ...
 فأجاز الورثة ، أمضيت على ما قال
 الموصى . ٥٤٧ ، ٥٤٨
- فصل : إن أوصى لزيد بعبد بعينه ، ولعمرو
 ببقية الثلث ، قوّم العبد يوم موت
 الموصى . ٥٤٨
- ٩٨٤ - مسألة : (ومن أوصى بثلث ماله لرجل ، فقتل عمدا
 أو خطأ ، وأخذت الدية ، فلمن أوصى له
 بالثلث ثلث الدية ، في إحدى الروايتين ،
 والأخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية
 شيء) ٥٤٩ ، ٥٤٨
- فصل : إن كانت الوصية بمعين ، ... يعتبر
 خروجه من ثلث ماله وديته ، ... ٥٤٩
- فصل : إن أوصى ، ثم استفاد مالا قبل
 الموت ، ... الوصية تعتبر من جميع ما
 يخلفه من التلاد والمستفاد . ٥٤٩
- ٩٨٥ - مسألة : (وإذا أوصى إلى رجل ، ثم أوصى بعده إلى
 آخر ، فهما وصيان ، إلا أن يقول : قد
 أخرجت الأول)
 ٥٥٠ - ٥٥٥
- فصل : يجوز أن يوصى إلى رجل بشيء دون
 شيء . ٥٥١
- فصل : يجوز أن يوصى إلى رجلين معا في
 شيء واحد ، ويجعل لكل واحد منهما
 التصرف منفردا . ٥٥١ ، ٥٥٢

- فصل : في من تصح الوصية إليه ، ومن لا تصح . ٥٥٢ - ٥٥٤
- فصل : يعتبر وجود هذه الشروط في الوصى حال العقد والموت ، في أحد الوجهين ، وفي الآخر يعتبر حال الموت حسب ، كالوصية له . ٥٥٤
- فصل : إذا قال : أوصيت إلى زيد ، فإن مات فقد أوصيت إلى عمرو . صح . ٥٥٤ ، ٥٥٥
- ٩٨٦ - مسألة : (وإذا كان الوصى خائناً ، جعل معه أمين) ٥٥٥ - ٥٥٨
- فصل : أما العدل الذى يعجز عن النظر ، لعدة أو ضعف ، فإن الوصية تصح إليه . ٥٥٦
- فصل : إذا تغيرت حال الوصى بمجنون ، أو كفر ، أو سفه ، زالت ولايته . ٥٥٦ ، ٥٥٧
- فصل : يصح قبول الوصية وردها في حياة الموصى . ٥٥٧
- فصل : يجوز أن يجعل للوصى جعلاً . ٥٥٧
- فصل : إذا أوصى إلى رجل ، وأذن له أن يوصى إلى من يشاء ، ... صح . ٥٥٨
- ٩٨٧ - مسألة : (وإن كانا وصيين ، فمات أحدهما ، أقيم مقام الميت أمين) ٥٥٨ - ٥٦٣
- فصل : إذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما ، لم يجعل عند واحد منهما ، ولم يقسم بينهما ، وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً . ٥٦٠
- فصل : لا بأس بالدخول في الوصية . ٥٦٠ ، ٥٦١

- فصل : إن مات رجل لا وصى له ، ولا حاكم
في بلده ، ... يجوز لرجل من
المسلمين أن يتولى أمره . ٥٦١
- فصل : إذا أوصى إليه بتفريق مال ، لم يكن
له أخذ شيء منه . ٥٦١
- فصل : إن وصى إليه بتفريق ثلثه ، فأبى
الورثة إخراج ثلث ما في أيديهم ،
ففيه روايتان ؛ .. ٥٦٢
- فصل : إذا علم الوصى أن على الميت ديناً ،
إما بوصية الميت أو غيرها ... لا
يقضيه إلا ببينة . ٥٦٣ ، ٥٦٢
- ٩٨٨ - مسألة : (ومن أعتق في مرضه ، أو بعد موته ،
عبدان ، لا يملك غيرهما ، وقيمة أحدهما
مائتان ، والآخر ثلاثمائة ، فلم يجز الورثة ،
أقرع بينهما ، ...) ٥٦٣ - ٥٦٥
- ٩٨٩ - مسألة : (وإذا أوصى بعبد من عبيده لرجل ، ولم
يسم العبد ، كان له أحدهم بالقرعة ، إذا
كان يخرج من الثلث ، وإلا ملك منه بقدر
الثلث) ٥٦٥ - ٥٧١
- فصل : إن وصى الرجل بعبد ، صحت
الوصية . ٥٦٦ ، ٥٦٧
- فصل : إن وصى له بشاة من غنمه ، فالحكم
فيها كالحكم في الوصية بعبد من
عبيده ، ويقع هذا الاسم على الضأن
والمعز . ٥٦٧
- فصل : إن وصى بجمل ، لم يكن إلا ذكراً .

وإن وصى بناقة ، لم تكن إلا أنثى .
وإن قال عشرة من إبل ، وقع على
الذكر والأنثى جميعا .
٥٦٨ ، ٥٦٧

فصل : إن وصى له بثور ، فهو ذكر . وإن
وصى له ببقرة ، فهي أنثى . وإن
وصى بدابة ، فهي واحدة من الخيل
والبغال والحمير ، يتناول الذكر
والأنثى .
٥٦٨

فصل : إن أوصى بكلب يباح اقتناؤه ،
صحت الوصية .
٥٦٩ ، ٥٦٨

فصل : إن وصى له بطبل حرب ، صحت
الوصية به .
٥٧٠ ، ٥٦٩

فصل : لو أوصى له بقوس ، صحت
الوصية .
٥٧١ ، ٥٧٠

فصل : إن وصى له بعود ، وله عود لهُو
وغيره ، لم تصح الوصية .
٥٧١

٩٩٠ - مسألة : (وإذا أوصى له بشيء بعينه ، فتلّف بعد
موت الموصى ، لم يكن للموصى له شيء .
وإن تلّف المال كله إلا الموصى به ، فهو
للموصى له)
٥٧٢ ، ٥٧١

فصل : إن وصى له بمعين ، فاستحق بعضه أو
ملك ، فله ما بقى منه .
٥٧٢

٩٩١ - مسألة : (ومن أوصى له بشيء فلم يأخذه زمانا ،
قوم وقت الموت ، لا وقت الأخذ)
٥٧٧ - ٥٧٢

فصل : والعطايا في مرضه يعتبر خروجها من
الثلث حين الموت .
٥٧٣ ، ٥٧٤

فصل : إن وصى بمعين حاضر ، وسائر ماله
دين أو غائب ، فليس للوصى أخذ
المعين قبل قدوم الغائب أو استيفاء
الدين .

٥٧٥ ، ٥٧٤

فصل : إن كان الدين مثل العين ، فوصى
لرجل بثلثه ، فلا شيء له قبل
استيفائه .

٥٧٥

فصل : لو وصى لرجل بثلث ماله ، وله
مائتان دينا ، وعبد يساوى مائة ،
ووصى لآخر بثلث العبد ، اقتسما
ثلث العبد نصفين .

٥٧٦ ، ٥٧٥

فصل : إن خلف ابنين ، وترك عشرة عينا ،
وعشرة دينا على أحد ابنيه ، وهو
معسر ، ووصى لأجنبي بثلث ماله ،
فإن الوصى والابن الذى لا دين عليه
يقتسمان العشرة العين نصفين ،

ويستقط عن المدين ثلثا دينه ، ...

٥٧٦

فصل : ثناء العين الموصى بها إن كان
متصلا ... فهو تابع للعين .

٥٧٧

٩٩٢ - مسألة : (وإذا أوصى بوصايا فيها عتاقة ، فلم يف
الثلث بالكل ، تحاصوا فى الثلث ، وأدخل
النقص على كل واحد منهم بقدر ماله فى
الوصية)

٥٧٨ ، ٥٧٧

فصل : والعطايا المعلقة بالموت ، ... وصايا
حكمها حكم غيرها من الوصايا فى
التسوية بين مقدمها ومؤخرها .

٥٧٨

فصل : إذا أوصى بعق عبده ، لزم الوارث

٥٧٨

إعتاقه .

٩٩٣ - مسألة : (ومن أوصى بفرس في سبيل الله ، وألف

درهم تنفق عليه ، فمات الفرس ، كانت

الألف للورثة . وإن أنفق بعضها ، رد الباقي

٥٧٨ - ٥٨٤

إلى الورثة)

فصل : إذا قال : يخدم عبدى فلانا سنة ، ثم

٥٧٩

هو حر ، صحت الوصية .

فصل : إذا أوصى لعمه بثلث ماله ، ولخاله

بعُشره ، فردت وصيتهما ، فتحاصّا

٥٧٩ - ٥٨٤

في الثلث ، ...

آخر الجزء الثامن

ويليه الجزء التاسع ، وأوله :

كتاب الفرائض

والحمد لله حقَّ حمْدِه